

Responsabilité internationale et flux migratoires : le droit international à l'épreuve des Etats de transit

Vincent Chetail

Introduction

« Nous pensons tous l'immigration [...] comme l'Etat nous demande de la penser et, en fin de compte, comme il la pense lui-même ».¹ Le célèbre aphorisme du sociologue des migrations – Abdelmalek Sayad – semble s'adresser aux juristes et, en particulier, aux juristes internationalistes qui voient dans la migration une question de souveraineté nationale. C'est oublier cependant la bivalence consubstantielle à la migration qui est à la fois une affaire intérieure et une affaire de relations internationales.

La souveraineté est parfois tellement intériorisée par les juristes que l'idée même d'associer les termes de droit international à celui des migrations suscite le scepticisme. Le droit international applicable aux migrations a pourtant suscité une abondante littérature de langue anglaise, dont le premier manuel date de 1972 et l'intérêt porté à cette question n'a depuis lors jamais cessé de croître.² L'on ne peut dès lors que se féliciter que la Société française de droit international ait consacré son colloque annuel de 2021 à la migration pour en faire un objet d'étude à part entière.³ Ce long désintérêt est d'autant plus surprenant que l'expression même de « droit international des migrations »⁴ est d'abord apparue dans la langue française en 1927 dans un cours de l'Académie de droit international de La Haye dispensé par Louis Varlez sur *Les migrations internationales et leur réglementation*. L'auteur souligne alors combien « l'étude du droit des migrations montre qu'on se trouve actuellement en présence d'une activité règlementaire extrêmement vivace et luxuriante, où il est possible, mieux peut-être que pour aucun autre phénomène, de suivre la vie du Droit, en voie de constante évolution ».⁵ Le constant effectué il y a près d'un siècle conserve toute son actualité.

¹ A. SAYAD, « Immigration et 'pensée d'Etat' », Actes de la recherche en sciences sociales, N° 129, 1999, p. 7.

² R. PLENDER, *International Migration Law*, Sijthoff, Leiden, 1972. Parmi les nombreux ouvrages généraux, voir notamment par ordre chronologique : G.S. GOODWIN-GILL, *International Law and the Movement of Persons between States*, Clarendon Press, Oxford, 1978 ; R. PLENDER, *International Migration Law*, revised 2nd edition, M. NIJHOFF Publ., Dordrecht, 1988 ; L. B. SOHN & T. BUERGENTHAL (dir.), *The Movement of Persons Across Borders*, American Society of International Law, Washington, 1992 ; T.A. ALEINIKOFF & V. CHETAİL (dir.), *Migration and International Legal Norms*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2003 ; R. Cholewinski, R. Perruchoud & E. MacDonald (eds.), *International Migration Law. Developing Paradigms and Key Challenges*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2007 ; B. OPESKIN, R. PERRUCHOUD & J. REDPATH-CROSS (dir.), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012 ; V. CHETAİL & C. BAULOZ (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Northampton, 2014 ; R. PLENDER (dir.), *Issues in International Migration Law*, Brill, the Hague, 2015) ; V. CHETAİL, *International Migration Law*, Oxford University Press, oxford, 2019.

³ Depuis sa création en 1967, la Société française l'a abordé par le passé mais sous un angle purement sectoriel à travers deux catégoriques juridiques spécifiques en consacrant le colloque de 1979 aux travailleurs étrangers puis celui de 1996 aux réfugiés.

⁴ L. VARLEZ, « Les migrations internationales et leur réglementation », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1927-V, T. 20, p. 171.

⁵ *Ibid.*, p. 343.

Aujourd'hui comme hier, la migration est au cœur de l'évolution du droit international général. Les débats somme toute très formalistes, voire dogmatiques, que suscitent parfois l'expression de droit international des migrations ne sauraient nier l'existence des multiples règles internationales régissant la matière. Il n'y a là rien de surprenant. La migration est de par sa nature même une question internationale, en ce qu'elle postule une relation triangulaire entre le migrant, son Etat d'origine et l'Etat sur le territoire duquel il se trouve. Le droit international remplit alors une double fonction de protection des migrants et de régulateur des relations entre Etats. Il confère à tout migrant des droits inhérents à sa qualité d'être humain, qui se superposent aux régimes conventionnels applicables à certaines catégories d'entre eux (réfugiés, travailleurs migrants, victimes de la traite ou du trafic).

Le droit international est également un instrument de la coopération interétatique qui s'est matérialisé dans une multitude de traités bilatéraux et régionaux sur les questions les plus diverses (libre circulation, réadmission, gestion des zones frontalières, formation, emploi, sécurité sociale etc.). Au niveau universel, les deux dernières décennies ont vu apparaître un essor sans précédent du multilatéralisme, qui a abouti à l'adoption en 2018 du *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*.⁶ Bien que dépourvu de force contraignante, le Pacte consacre la migration comme une responsabilité partagée des Etats qui ne peut plus être traitée sur une base purement unilatérale. Les Etats ont détaillé à cette fin toute une série d'engagements destinés à renforcer la coopération internationale et dont la mise en œuvre est soumise à un examen périodique au sein de l'Assemblée générale des Nations Unies.

L'essor du multilatéralisme dans une sphère longtemps considérée comme relevant du domaine réservé de l'Etat interpelle le droit international, dont l'importance ne doit pas être surestimée pour autant. Son développement est encore très largement tributaire d'une société interétatique caractérisée par la juxtaposition d'entités souveraines. A l'éparpillement des règles internationales s'ajoute l'importante marge d'appréciation dont dispose les Etats. Les violations du droit international sont exacerbées par la politisation à outrance de la migration et les préjugés qu'elle charrie. La migration est souvent associée dans le langage courant à la notion de flux, d'afflux, voire de vagues qui déferleraient sur les pays prospères. Cette terminologie, si souvent relayée dans les médias et les discours politiques, déshumanisent le migrant pour en faire un individu anonyme noyé dans une masse que l'on suppose menaçante.

Les termes de flux, d'afflux ou de crise migratoire frappent les esprits, mais ils ne disent rien de la réalité. Ils n'en donnent qu'une vision exagérée à outrance qui alimente l'hystérie collective au profit de stratégie politicienne ou à la recherche du sensationnalisme. Cette rhétorique en dit plus sur la vacuité des media et la médiocrité des politiques que sur la réalité même des migrations. La migration est certes plus visible que jamais. Mais, pour se limiter aux données statistiques les plus élémentaires, il importe de rappeler que les migrants représentent 3,6% de la population mondiale.⁷

⁶ AG Res. 73/195 (2018). Pour un aperçu des nombreuses autres initiatives multilatérales, voir notamment : V. CHETAIL, *International Migration Law*, op. cit., pp. 300-339 ; id., "Droit international des migrations: fondements et limites du multilatéralisme", in R. MEHDI & H. GHÉRARI (dir.), *La société internationale face aux défis migratoires*, op. cit., pp. 32-54.

⁷ United Nations Department of Economic and Social Affairs, Population Division, *International Migration 2020 Highlights* (ST/ESA/SER.A/452) 2021, pp. 1-2; *Migrations Internationales 2020: Principaux résultats*, 2021, pp. 1-2.

L'immense majorité est en situation régulière et la plupart d'entre eux sont des travailleurs migrants, tandis que seulement douze pour cent sont réfugiés ou demandeurs d'asile.⁸

Nous vivons dans un monde très largement sédentaire. C'est précisément parce que nous vivons dans un monde saturé d'Etats que le migrant fait figure d'intrus pour devenir la cible privilégiée des stratégies électoralistes de tous bords. La politisation extrême de la migration ne se limite pas au seul cadre national et déborde la sphère interne pour devenir une source croissante de tensions entre Etats. Le phénomène n'est pas foncièrement nouveau en soi. Le droit contemporain de la responsabilité internationale a été forgé par la responsabilité des Etats d'accueil pour les dommages causés aux étrangers et l'important contentieux international qui en a résulté durant le XIX^e siècle et la première moitié du XX^e siècle.⁹ Si aujourd'hui encore les principales violations du droit international sont commises par les pays de destination, la question de la responsabilité internationale des pays de transit est devenue l'objet de toutes les attentions.

L'expression « Etat de transit » n'est pas un terme juridique et demeure rarement utilisée en droit international.¹⁰ La Convention des Nations Unies sur les droits des travailleurs migrants offre néanmoins une définition neutre et inclusive regroupant « tout Etat par lequel la personne intéressée passe pour se rendre dans l'Etat d'emploi ou de l'Etat d'emploi à l'Etat d'origine ou à l'Etat de résidence habituelle ». ¹¹ En doctrine, l'Institut de droit international propose une définition plus restrictive et unidimensionnelle de l'Etat de transit pour désigner « l'Etat par lequel passent ou veulent passer des migrants, sans intention d'y trouver refuge ou de s'établir, pour se rendre dans un Etat de destination ou d'accueil ». ¹² Cette dernière acception est la plus usitée, encore qu'il faille reconnaître ses limites tant conceptuelles que descriptives. Une telle définition représente le phénomène migratoire à travers le prisme des pays d'immigration et fait donc principalement écho à leur préoccupation. ¹³ Elle ne reflète pas la grande diversité et complexité des trajectoires migratoires d'aujourd'hui. Les Etats eux-mêmes ont reconnu dans le *Pacte mondial pour des*

⁸ Ibid.

⁹ Pour de plus amples discussions, voir notamment les nombreuses références bibliographiques citées in V. CHETAIL, « Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », in: V. CHETAIL (dir.), *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question/Globalisation, Migration and Human Rights: International Law under Review*, Bruylant, Bruxelles, 2007, 13-133.

¹⁰ Parmi de très rares références, le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer mentionne expressément les Etats de transit à son article 14 à propos de l'assistance technique susceptible de leur être proposée par d'autres Etats parties, sans toutefois créer une quelconque obligation. Voir également le projet d'article 25 du Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers de la Commission du droit international, *Annuaire de la Commission du droit international*, 2014, vol. II(2).

¹¹ Article 6 c) de Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

¹² Institut de Droit international, *Résolution finale : Migrations de masse*, 2017, article 3 b).

¹³ « La propagation de la notion de 'migration de transit' est concomitante de la multiplication des obstacles à la migration dans les pays développés, ayant entraîné des modifications dans les routes et les méthodes de migration. Dans le contexte européen, la notion entre dans le cadre d'une volonté de responsabiliser les pays tiers, à savoir les pays d'origine puis de transit. Après que l'attention et la pression aient été initialement portées sur les pays européens du Sud pour insister sur leur responsabilité dans le contrôle des frontières extérieures de l'Europe, on assista, au cours des années 1990, à un glissement de la qualification vers le Sud et l'Est, au-delà des frontières extérieures de l'Union européenne. La notion de 'migration de transit' est en réalité [...] une simplification à l'extrême de phénomènes complexes et variés » : D. PERRIN, « Développement terminologique et incertitudes sémantiques autour des migrations : de quelques impacts juridiques », in : H. GHÉRARI et R. MEHDI (dir.), *La société internationale face aux défis migratoires*, Pedone, Paris, 2012, pp. 80-81. Voir également parmi une littérature abondante : F. DÜVELL, "Transit Migration: A Blurred and Politicised Concept", *Population Space and Place*, 2012, 18(4), pp. 415-427.

migrations sûres, ordonnées et régulières que « nous sommes tous des pays d'origine, de transit et de destination ». ¹⁴

Bien que la distinction entre pays de transit, de destination et d'origine ne soit plus appropriée pour décrire le phénomène migratoire dans sa nuance et sa globalité, elle conserve une certaine pertinence pour mettre en lumière la divergence des intérêts politiques en présence qui contribuent à exacerber les relations interétatiques. La politisation de la migration en a fait le terrain privilégié des manipulations de tout ordre. Dans ce huis-clôt interétatique, les migrants sont l'objet d'une double instrumentalisation par les Etats de destination, dont les politiques restrictives d'immigration tendent à pérenniser leur séjour dans les pays de transit, et par les Etats de transit eux-mêmes qui utilisent l'obsession migratoire des premiers comme un levier de leur politique étrangère. Dans l'un et l'autre cas, le migrant devient, sinon l'otage, du moins la variable d'ajustement des Etats dans la conduite de leur propres politiques intérieures et extérieures.

Dans un domaine aussi politisé que polarisé, le droit international permet d'élargir la perspective au-delà des clivages nationaux. Il apporte la distance nécessaire pour appréhender la migration dans sa globalité et sa normalité. Dans sa nature comme dans son contenu, le droit international ménage un équilibre précaire mais sans cesse renouvelé entre les intérêts des différents acteurs impliqués dans le processus migratoire, qu'ils s'agissent des Etats ou des migrants eux-mêmes. Lorsque la question est envisagée sous un angle strictement juridique, la responsabilité internationale des Etats de transit se heurte à deux écueils principaux liées à l'indétermination de la notion même de flux migratoires et à l'identification de l'obligation internationale qui serait violée par lesdits Etats.

Les termes de flux migratoires n'ont pas de signification juridique particulière et n'ont pas vocation à en avoir. Ils doivent être pris dans un sens purement factuel pour décrire la situation dans laquelle un nombre important de personnes quitte un pays pour arriver dans un autre. Cette expression se révèle également plus neutre que les périphrases de « migration de masse », « afflux massif » ou « déplacements massifs » pour décrire un phénomène similaire. Les différentes tentatives de définitions de ces dernières expressions se sont révélées, sinon tautologiques, du moins redondantes, en ce qu'elles n'ajoutent rien au constat purement factuel de l'arrivée de migrants en grand nombre.

L'Institut de droit international s'est risqué à l'exercice en utilisant la curieuse expression de « migrants de masse » qu'il définit comme recouvrant « des personnes amenées à quitter collectivement, en grand nombre, leur pays en vue de trouver refuge ou de s'établir dans un autre pays ». ¹⁵ La tentative de définition initiée au sein de l'Union européenne n'est pas plus concluante. La Directive relative à l'octroi de la protection temporaire définit l'« afflux massif » comme désignant « l'arrivée dans la Communauté d'un nombre important de personnes déplacées, en provenance d'un pays ou d'une zone géographique déterminés, que leur arrivée dans la Communauté soit spontanée ou organisée, par exemple dans le cadre d'un programme d'évacuation ». ¹⁶ Cette directive, dont l'application dépend du constat préalable d'un tel afflux

¹⁴ *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, op. cit., par. 39.

¹⁵ Institut de Droit international, *Résolution finale : Migrations de masse*, op. cit., article 3 a).

¹⁶ Directive 2001/55/CE du Conseil du 20 juillet 2001 relative à des normes minimales pour l'octroi d'une protection temporaire en cas d'afflux massif de personnes déplacées et à des mesures tendant à assurer un équilibre entre les efforts consentis par les États membres pour accueillir ces personnes et supporter les conséquences de cet accueil, article 2 d), OJ L 212, 7.8.2001, p. 12.

massif par le Conseil européen, n'a d'ailleurs jamais été mise en œuvre, même durant la « crise » de 2015.

Toute définition demeure en ce domaine éminemment subjective et suscite plus de questions qu'elle n'apporte de réponse : à partir de combien de personnes peut-on parler d'un afflux massif ou d'une migration de masse? En comparaison de quoi ? La population du pays d'origine ou celle du pays de destination ? Et sur quelle période ? Une semaine, un mois ou un an ? L'arrivée d'1,2 million de demandeurs d'asile dans l'Union européenne durant l'année 2015 a souvent été décrite comme une crise des réfugiés, alors que ces 1,2 million de personnes ne représentaient que 0,2 % de la population de l'Union européenne, pendant que pour la même année 2015 le Liban accueillait 1,1 million, soit un quart de sa population totale, et la Turquie 2,5 millions de réfugiés.¹⁷

Devant les limites inhérentes à toute définition, les Etats membres des Nations unies ont opté pour une démarche pragmatique, lorsqu'ils ont adopté en 2016 à l'unanimité la *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*. La Déclaration renonce à toute définition pour relever la pluralité de significations possibles : « L'expression 'déplacements massifs' peut être interprétée par rapport à plusieurs considérations, notamment le nombre de personnes qui arrivent ; le contexte économique, social et géographique ; la capacité de réaction des États d'accueil ; et l'incidence d'un déplacement soudain ou prolongé ». ¹⁸ Par-delà les différentes acceptions possibles, la Déclaration de New York reconnaît que les déplacements massifs sont, de par leurs implications mêmes, une question d'intérêt commun qui appelle une réponse globale et une coopération renforcée entre pays d'origine, de transit et de destination.¹⁹

La seconde difficulté, qui est de loin la plus rédhibitoire, pour déterminer la responsabilité d'un Etat de transit est d'identifier la violation d'une obligation internationale. Il va sans dire que lorsque la migration, individuelle ou collective, est la conséquence d'une violation du droit international (et en particulier du droit international humanitaire et des droits de l'homme), l'Etat ayant perpétré une telle violation engage sa responsabilité internationale. Cependant, une telle responsabilité est et doit être engagée du seul fait de cette violation, indépendamment même qu'elle ait eu pour effet de générer ou pas un déplacement de personnes à travers une frontière. C'est là le nœud gordien des relations entre flux migratoires et responsabilité internationale. Une telle responsabilité suppose l'existence d'une obligation spécifiquement opposable à un Etat de transit qui n'existe pas en tant que telle. Ses obligations sont indissociables des obligations générales qu'impose le droit international à tout Etat. Elles se situent au croisement de nombreux domaines et concepts clé du droit international, qu'ils s'agissent des droits de l'homme, de la souveraineté territoriale, de la coopération internationale ou encore de la sécurité collective.

Par-delà la grande diversité des règles applicables, la responsabilité internationale d'un Etat de transit opère sur trois registres normatifs essentiels, qui régissent ses relations avec les migrants,

¹⁷ Eurostat, *Asylum in the EU Member States: Record Number of over 1.2 million First Time Asylum Seekers Registered in 2015*, Newsrelease No. 44/2016, 2016, p. 3; UNHCR, *Global Trends: Forced Displacement in 2015*, June 2016, pp. 2 et 15.

¹⁸ *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, AG Res. 71.1, 2016, par. 5.

¹⁹ « Les déplacements massifs de réfugiés et de migrants ont des ramifications politiques, économiques, sociales, développementales et humanitaires et des ramifications en matière de droits de l'homme qui ne connaissent pas de frontières. Il s'agit d'un phénomène mondial appelant des approches et des solutions mondiales. Aucun État ne peut à lui seul gérer ces déplacements. Les pays voisins ou les pays de transit, pays en développement pour la plupart, sont particulièrement touchés. [...] La coopération internationale, et en particulier la coopération entre les pays d'origine ou de nationalité, les pays de transit et les pays de destination, n'a jamais été aussi importante »: *ibid.*, par. 7 & 11.

les pays de destination et la communauté internationale. Cette relation triangulaire permet de mieux saisir la densité du droit applicable, la dynamique qui l'anime, mais aussi sa nuance, sa complexité et ses limites. Bien que ces différentes strates normatives soient étroitement imbriquées les unes aux autres, la responsabilité internationale des Etats de transit sera analysée en trois temps successifs sous l'angle du droit international des droits de l'homme (Partie I), du droit des Etats limitrophes (Partie II) et enfin du droit de la sécurité collective et de la criminalité transnationale (Partie III).

I. Flux migratoires et responsabilité internationale des Etats transit en droit international des droits de l'homme :

A l'instar de tout autre Etat, les pays de transit sont tenus de respecter et garantir à toute personne se trouvant sur leur territoire ou sous leur juridiction les droits de l'homme internationalement reconnus comme tels. Les droits fondamentaux de la personne sont des obligations *erga omnes*, de sorte que tout Etat est en droit d'invoquer la responsabilité internationale de celui qui l'a violé.²⁰ Deux droits fondamentaux sont particulièrement pertinents pour saisir la portée et les limites de la responsabilité internationale des pays de transit en relation avec les flux migratoires : le droit de quitter n'importe quel pays (A) et l'interdiction de l'expulsion collective (B). La distinction entre le licite et l'illicite réside alors dans l'usage de la contrainte par un Etat de transit, selon que la sortie de son territoire est volontaire ou forcée.

A. Le droit de quitter n'importe quel pays

Le droit de quitter tout pays, y compris le sien, est un droit fondamental reconnu comme tel en droit international contemporain. Conformément à l'article 12 paragraphe 2 du Pacte relatif aux droits civils et politiques, « toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien ». Ce droit est consacré dans une multitudes de conventions internationales, incluant notamment les six conventions universelles de protection de droits de l'homme²¹, la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre²² et les cinq conventions régionales relatives à la protection des droits de l'homme²³. Sans qu'il soit nécessaire

²⁰ CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Barcelona Traction Light and Power Compagny (Belgique c. Espagne)*, Rec. CIJ 1970, p. 32 ; CDI, *Articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, préparés par la Commission du droit international, A/RES/56/83, Annexe, projet d'article 48.

²¹ Article 5(d)(i) de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; article 12 par. 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; article 2(c) de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid ; article 10. par. 2 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant ; Article 8 par. 1 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille ; article 18 par. 1 (c) de Convention relative aux droits des personnes handicapées.

²² Articles 35 à 37 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

²³ Article 2, par. 2 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 22 par. 2 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme ; article 12, par. 2 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ; article 27(a) de la Charte arabe des droits de l'homme ; article 22 par. 2 de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la Communauté d'Etats indépendants.

de revenir ici sur la nature coutumière de ce droit, chaque Etat membre de l'ONU demeure lié par plusieurs traités le consacrant explicitement.²⁴

Le champ d'application du droit de quitter tout pays est conçu en des termes particulièrement larges. Il s'impose à « n'importe quel pays », qu'il s'agisse d'un Etat d'origine, de transit ou de destination. Il bénéficie à « toute personne », incluant les nationaux comme les étrangers, quel que soit le statut juridique de ces derniers²⁵ et indépendamment des raisons et de la durée de la sortie du territoire.²⁶ A l'instar de la grande majorité des droits de l'homme, le droit de quitter tout pays n'est pas absolue pour autant. Il ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits internationalement reconnus.²⁷

Le droit de quitter tout pays, tel qu'il est reconnu et interprété en l'état du droit international positif, emporte deux conséquences importantes pour les Etats de transit. D'une part, le seul fait qu'un nombre important de personnes exercent leur droit de quitter tout pays ne saurait constituer une restriction légitime. En conclure autrement priverait ce droit de tout effet utile, alors même que les restrictions ne se justifient que dans des cas individuels. Comme l'a rappelé le Comité des droits de l'homme, « les restrictions ne doivent pas porter atteinte à l'essence même du droit [...]; le rapport entre le droit et la restriction, entre la règle et l'exception, ne doit pas être inversé. [...] Les restrictions doivent, dans chaque cas, être appliquées compte tenu de motifs juridiques précis et répondre aux principes de la nécessité et de la proportionnalité ».²⁸

Le Comité devait en conclure que le respect du droit de quitter tout pays implique de « supprimer l'obligation de visa de sortie en tant que règle générale pour ne l'exiger que dans des cas individuels qui peuvent se justifier au regard du Pacte ».²⁹ Bien que cette dernière constatation concernait des nationaux souhaitant quitter leur propre pays, la même conclusion s'impose à l'égard des étrangers dans n'importe quel pays, y compris les Etats de transit ou d'accueil. Le Comité a ainsi constaté que l'exigence d'un visa de sortie pour les réfugiés et les travailleurs migrants « est en

²⁴ Pour un examen détaillé de la nature coutumière du droit de quitter tout pays, voir notamment: V. CHETAİL, « The Transnational Movement of Persons under General International Law: Mapping the Customary Foundations of International Migration Law », in: V. CHETAİL and C. BAULOZ (dir.), *Research Handbook on International Law and Migration*, op. cit., pp. 9-27.

²⁵ Contrairement au droit de circuler à l'intérieur d'un Etat, le droit de quitter tout pays n'est pas subordonné à la présence régulière de l'étranger sur le territoire où il se trouve.

²⁶ Voir notamment: Comité des droits de l'homme, Observation générale No 27, Liberté de circulation (art.12), NU Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9 (1999), par. 8.

²⁷ Voir notamment l'article 12 par. 3 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. C'est ainsi que le droit de quitter tout pays ne peut être invoqué pour échapper à des poursuites judiciaires ou pour se soustraire à des obligations légales, telles que celles relatives au service militaire et au paiement de l'impôt ou de pension alimentaire : *Projet de pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Commentaire préparé par le Secrétaire général*, Doc A/2929 (1955), p. 121, para 53 ; Communication n° 492/1992, *Petonen c. Finlande*, 21 juillet 1994, CPR/C/51/D/492/1992 ; Communication n° 263/1987, *Gonzales del Rico c. Pérou*, 28 octobre 1992, A/48/40 (Vol. II), p. 20.

²⁸ Comité des droits de l'homme, Observation générale No 27, Liberté de circulation, op. cit. par. 13 et 16.

²⁹ Comité des droits de l'homme, Observations finales: République arabe syrienne, 24 avril 2001, NU Doc CCPR/CO/71/SYR, par. 21. Voir également: id., Observations finales: République démocratique de Corée, 27 août 2001, NU Doc CCPR/CO/72/PRK, par. 20; Observations finales: Biélorussie, 25 septembre 1992, NU Doc CCPR/C/79/Add.5, par 6.

contravention avec l'article 12 du Pacte » et qu'en conséquence « l'Etat partie doit supprimer cette mesure ». ³⁰

D'autre part, un Etat d'origine ou de transit ne saurait interdire, de manière générale, le départ de son territoire aux seules fins de prévenir l'immigration irrégulière dans un Etat de destination. Le principe de proportionnalité requiert un examen *in concreto* des restrictions susceptibles d'être apportées dans chaque cas individuel. La Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé que l'interdiction de quitter le territoire national au seul motif que l'intéressé avait contrevenu à la législation sur l'immigration d'un autre Etat ne peut être considérée comme une restriction proportionnelle et nécessaire. ³¹ Elle rappelle également que les pressions exercées par les pays de destination ne peuvent non plus justifier une telle restriction. ³²

Par conséquent, un Etat ne saurait encourir une quelconque responsabilité internationale au motif que des personnes exercent leur droit de quitter n'importe quel pays, quand bien même ils le fassent en grand nombre. Le bénéfice d'un droit fondamental ne saurait être inversement proportionnel aux nombres des personnes qui l'exercent. L'Institut de droit international confirme, à l'article 4 de sa résolution relative aux migrations de masse, la pleine applicabilité d'un tel droit et souligne, en son article 8, que « sans préjudice des dispositions de l'article 4, l'Etat de transit ne devrait pas entraver le passage des migrants de masse en transit sur son territoire ». ³³ On mesure ainsi toute la portée du droit de quitter n'importe quel pays dans son application aux Etats de transit : la simple abstention ne pas empêcher ou prévenir la sortie de son territoire ne saurait constituer un fait internationalement illicite. A l'inverse, lorsqu'un Etat provoque le départ forcé d'un groupe de migrants, un tel comportement tombe sous le coup de l'interdiction de l'expulsion collective, dont la portée et le champ d'applications méritent d'être précisés.

B. L'interdiction de l'expulsion collective

L'expulsion collective d'étrangers est proscrite par l'ensemble des traités régionaux de protection des droits de l'homme ³⁴ et, au niveau universel, par la Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, ³⁵ ainsi que la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. ³⁶ Bien que le Pacte relatif aux droits civils et politiques n'interdise pas explicitement les

³⁰ Observations finales : Gabon, CCPR/CO/70/GAB, 10 novembre 2000), par. 16. Voir également : Rapport du Comité des droits de l'homme, vol. I, A/52/40 (1997) par. 132.

³¹ CourEDH, *Stamose c. Bulgarie*, arrêt du 27 novembre 2012, 4^e sec. Req. N° 29713/05, para. 32-37.

³² Ibid.

³³ Institut de Droit international, Résolution finale : Migrations de masse, op. cit., article 8.

³⁴ Convention américaine des droits de l'homme, article 22. par. 9 ; Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, article 12, par. 5 ; Protocole N° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 4 ; Charte arabe des droits de l'homme, article 26 b) ; la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales de la Communauté d'Etats indépendants, article 25.

³⁵ Convention IV de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, article 49 par. 1.

³⁶ Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, article 22 par. 1.

expulsions collectives, le Comité des droits de l'homme les considère comme étant contraires aux garanties procédurales régissant l'expulsion des étrangers contenues à l'article 13 du Pacte.³⁷

L'interdiction de l'expulsion collective des étrangers fait aujourd'hui clairement partie du droit international coutumier. Même en excluant la Convention IV de Genève qui bénéficie d'une ratification quasiment universelle, les conventions interdisant expressément l'expulsion collective attestent d'une participation particulièrement large et représentative regroupant plus de 140 Etats de diverses régions du monde.³⁸ De manière plus significative encore, divers Etats non parties à ces traités ont reconnu qu'ils étaient liés par une telle interdiction.³⁹ Sa nature coutumière est également confirmée par le *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, qui réitère l'engagement de tous les Etats à respecter l'interdiction des expulsions collectives.⁴⁰

Bien que la jurisprudence internationale se soit concentrée à juste titre sur les violations commises par les pays de destination, les pays de transit sont tout autant liés par une telle norme de droit international. Dans les deux cas, l'interdiction de l'expulsion collective est absolue et s'applique à tout groupe d'étrangers, qu'ils soient ou non en situation régulière, et indépendamment de la durée de leur séjour sur le territoire de l'Etat et du lieu où ils ont été appréhendés.⁴¹ Bien que son champ d'application puisse se recouper en substance avec le principe de non-refoulement, elle diffère de ce dernier, dans la mesure où elle s'impose quelle que soit la destination des étrangers frappés d'une telle mesure collective. A l'inverse, le principe de non-refoulement ne proscrie que les renvois forcés à destination d'un Etat où il existe un risque réel de persécution ou d'autres violations graves des droits de l'homme.

Quoiqu'opposable à tout Etat, l'interdiction de l'expulsion collective suscite des questions juridiques sensiblement différentes lorsqu'elle concerne un pays de transit. Contrairement aux pays de destination, la question principale ne porte pas tant sur le respect des garanties procédurales précédant l'expulsion que sur le renvoi forcé en lui-même. L'élément coercitif joue alors un rôle essentiel dans la détermination de la responsabilité internationale des Etats de transit, en ce qu'il permet de distinguer l'expulsion de la sortie volontaire du territoire : la première est prohibée en tant que mesure collective, tandis que la seconde demeure permise en vertu du droit quitter n'importe quel pays.

La nature coercitive du renvoi collectif peut être directe ou indirecte. Dans le premier cas, l'expulsion collective est un acte juridique de l'Etat, émanant généralement de ses autorités administratives, qui constitue de lui-même le fait internationalement illicite. Dans le deuxième cas, la question est de savoir si, malgré l'absence de toute décision formelle, un Etat peut être tenu responsable pour avoir provoqué indirectement le départ forcé d'étrangers. La Commission du droit

³⁷ Comité des droits de l'homme, Observation générale no15: Situation des étrangers au regard du Pacte, 11 avril 1986, NU Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 (1994), par.10.

³⁸ Pour de plus amples discussions, voir notamment : V. CHETAIL, *International Migration Law*, op. cit., pp. 138-140.

³⁹ Ibid.

⁴⁰ *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, op. cit., par. 24 a) et 37.

⁴¹ L'expulsion collective est traditionnellement définie comme désignant « toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe » : CEDH, *Čonka c. Belgique*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 5 février 2002, requête no 51564/99, para. 59. Voir également : Commission du droit international, projet d'article 9, *Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers*, 2004.

international y a répondu par l'affirmative dans son Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers.⁴² Le projet d'article 10 interdit en des termes catégoriques « toute forme d'expulsion déguisée ». L'expression « expulsion déguisée » est définie comme désignant le « départ forcé d'un étranger d'un État résultant indirectement d'une action ou d'une omission attribuable audit État, y compris lorsque cet État appuie ou tolère des actes illicites commis par ses nationaux ou d'autres personnes, visant à provoquer le départ d'étrangers de son territoire en dehors des formes prévues par la loi ».

Bien qu'il soit difficile de déterminer avec certitude si ce projet d'article 10 représente une codification ou un développement progressif du droit international, la notion d'expulsion déguisée ou indirecte – plus connue en anglais sous l'expression « constructive expulsion » – est reconnue par la doctrine et la jurisprudence internationales.⁴³ Divers précédents jurisprudentiels ont admis qu'une expulsion puisse être la conséquence indirecte du comportement d'un Etat, pour autant que ce comportement ait été commis avec l'intention de provoquer le départ forcé et qu'il soit imputable à ce dernier. Le Tribunal des réclamations Iran-États-Unis d'Amérique a jugé en 1985 dans l'affaire *International Technical Products Corporation c. Iran* :

« [...] in principle, the possibility that the constituent elements of expulsion (“removal, either “voluntarily”, under threat of forcible removal, or forcibly”) can be fulfilled in exceptional cases even where the alien leaves the country without being directly and immediately forced or officially ordered to do so. Such cases would seem to presuppose at least (1) that the circumstances in the country of residence are such that the alien cannot reasonably be regarded as having any real choice, and (2) that behind the events or acts leading to the departure there is an intention of having the alien ejected and these acts, moreover are attributable to the State in accordance with principles of state responsibility ».⁴⁴

Cette jurisprudence a été notamment confirmée par la Commission des réclamations Érythréo-Éthiopie dans sa sentence arbitrale de 2004⁴⁵, ainsi que par la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.⁴⁶ Bien que la jurisprudence et la doctrine soient peu explicites sur les fondements d'une telle notion, elle découle de règles interprétatives établies. L'expulsion est, en effet, une notion autonome du droit international et, par conséquent, distincte de sa signification en

⁴² Commission du droit international, Projet d'articles sur l'expulsion des étrangers, Annuaire de la Commission du droit international, 2014, vol. II(2).

⁴³ Voir notamment: G. GAJA, « Expulsion of Aliens: Some Old and New Issues in International Law », *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional*, vol. 3, 1999; R.L. COVE, « State Responsibility for Constructive Wrongful Expulsion of Foreign Nationals », *Fordham International Law Journal*, vol. 11, 1987-1988, pp. 802-838; Declaration of principles of international law on mass expulsion, 62nd International Law Association Seoul (South Korea) 24-30 August 1986.

⁴⁴ Judgement of 19 August 1985, 9 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1985-II) 10, p. 18. Voir également: Judgement of 3 November 1987, 17 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987-V) 135, p. 147 et 148; Judgement of 14 July, *Short v. Iran case*, 16 *Iran-United States Claims Tribunal Reports* (1987-III) 76, p. 85 et 86.

⁴⁵ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Civilian Claims - Ethiopia's Claim 5, Reports of International Arbitral Awards, VOLUME XXVI, 2004, par. 126-127.

⁴⁶ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Institute for Human Rights and Development in Africa c. Guinée, req. 249/02 (2004), par. 67-71. La Cour européenne semble plus timorée dans l'affaire *Berdzenishvili et autres c. Russie*, considérant que les requérants n'étaient pas victimes d'une expulsion collective en l'absence d'arrêt formel d'expulsion ou de toute autre acte spécifique des autorités: CEDH, *Berdzenishvili et autres c. Russie*, Req. Nos. 14594/07, 20 Décembre 2016, par. 81. Cette interprétation discutable est cependant étroitement liées aux circonstances de l'espèce et plus précisément au fait que les requérants géorgiens avaient quitté le territoire de la Russie, par anticipation, de crainte d'être arrêté, détenu et expulsé. Cette interprétation n'a pas été confirmée par un arrêt de grande chambre.

droit interne. Sous cet angle, son acception élargie et factuelle correspond au sens ordinaire du terme même d'expulsion, tel qu'il est interprété à la lumière de l'objet et du but de l'interdiction de l'expulsion collective. Comme souligné durant la rédaction du Protocole n°4 de la Convention européenne, le mot « expulsion » doit être interprété « dans le sens générique que lui reconnaît le langage courant (chasser hors d'un endroit) ». ⁴⁷ En outre, l'interdiction de l'expulsion collective serait privée de tout effet utile, si elle se limitait aux seules décisions formelles de renvoi et non au comportement de l'Etat aboutissant au même résultat.

Il faut constater cependant que le seuil d'applicabilité demeure particulièrement élevé pour engager la responsabilité internationale de l'Etat. L'expulsion déguisée, telle que définie par la jurisprudence internationale et la Commission du droit international, requiert la réunion de deux conditions cumulatives: le comportement litigieux doit, d'une part, contraindre les étrangers à quitter le territoire sans leur laisser d'autres alternatives réalistes et, d'autre part, être commis dans l'intention de provoquer leur départ. Bien que l'élément de contrainte puisse prendre des formes variées, l'intention poursuivie demeure le plus souvent un facteur décisif pour constater la responsabilité de l'Etat. Qu'il s'agisse d'un pays de transit ou de destination, il est clair que les violations des droits de l'homme perpétrées à l'encontre de migrants pour les contraindre à quitter le territoire tombent sous le coup d'une telle expulsion indirecte. Il en est de même lorsque des migrants sont sciemment maintenus dans des conditions de vie indécentes et dégradantes aux seules fins de les obliger à partir. Il va sans dire que, même en l'absence d'intention de contraindre au départ, la violation des droits de l'homme constitue en elle-même un fait internationalement illicite.

L'intention poursuivie n'en demeure pas moins décisive pour établir une expulsion indirecte ou déguisée. Sa détermination dépend inévitablement d'un examen *in concreto* des circonstances propres à chaque espèce. C'est ainsi que la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie a estimé qu'une situation économique particulièrement difficile ne permet pas d'établir l'intention de provoquer le départ des ressortissants éthiopiens, quand bien même l'Erythrée avait pris des mesures préjudiciables à des nombreux intérêts économiques éthiopiens et que les Ethiopiens étaient en proie à l'hostilité de l'opinion publique et victimes de brimades par la population. ⁴⁸ A l'inverse, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples a constaté que la Guinée avait violé l'interdiction de l'expulsion collective, au motif que les réfugiés sierra-léonais avaient été contraints de quitter leur pays d'asile, à la suite de violations massives des droits de l'homme, résultant d'une situation de tension et de xénophobie générale exacerbée par les plus hautes autorités de l'Etat. ⁴⁹

⁴⁷ Rapport explicatif du Protocole n° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, 1963, par. 21.

⁴⁸ Eritrea-Ethiopia Claims Commission, Partial Award: Civilian Claims - Ethiopia's Claim 5, op. cit., par. 127.

⁴⁹ Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, Institute for Human Rights and Development in Africa c. Guinée, req. 249/02 (2004), par. 67-71. Les violations des droits de l'homme avaient été commises à l'encontre des réfugiés sierra-léonais, à la suite d'un discours du président de la république de Guinée déclarant qu'ils devraient être arrêtés et détenus, après que la Guinée ait été l'objet d'une attaque armée par des forces venues du Libéria et de la Sierra-Leone : *ibid.*, par. 1-7 et 46-49. Avant de constater les violations de la Charte africaine, la Commission africaine « reconnaît les préoccupations légitimes du gouvernement guinéen eu égard aux menaces à la sécurité nationale que constituent les attaques à partir de la Sierra-Leone et du Libéria avec un flux de mouvement de rebelles et d'armes entre les frontières. En conséquence, le gouvernement guinéen a le droit d'intenter une action en justice contre toutes les personnes qui menacent l'ordre public de l'Etat. Cependant, les violations massives des droits humains des réfugiés, telle que présentée dans cette communication, constitue une violation flagrante des dispositions de la Charte africaine » : *ibid.* par. 68-69.

En définitive, le droit international des droits de l'homme est riche d'enseignements pour identifier les droits et les obligations des pays de transit. Le simple fait que des migrants quittent le territoire d'un pays pour un autre n'engage pas la responsabilité internationale de l'Etat. En conclure autrement revient à nier le droit de quitter n'importe quel pays. Un flux migratoire ne saurait donc constituer en lui-même un fait internationalement illicite. Il peut néanmoins le devenir s'il est provoqué par la contrainte d'un Etat qui commet alors une expulsion collective. Une telle expulsion peut résulter d'une décision formelle d'un Etat ou du comportement de ce dernier visant à contraindre un groupe de migrants à quitter son territoire. La ligne de fracture entre le licite et l'illicite réside dans la volonté des migrants eux-mêmes et l'usage de la contrainte par l'Etat où ils se trouvent. Le départ volontaire est l'exercice d'un droit de l'homme reconnu comme tel, tandis que le départ forcé s'assimile à une expulsion collective interdite. La question qui reste posée est de déterminer si, indépendamment de toute violation du droit international des droits de l'homme, la responsabilité internationale d'un Etat de transit peut être engagée dans ses relations avec un pays limitrophe.

II. Flux migratoires et responsabilité internationale des Etats de transit : les droits des Etats limitrophes en question

Lorsqu'elle est envisagée dans un cadre strictement interétatique, la responsabilité internationale d'un Etat de transit doit être analysée à l'aune des droits des Etats tiers et, en particulier, des pays limitrophes qui sont directement concernés par un flux migratoire. Bien qu'il n'existe pas de règles spécifiques en la matière, deux principes généraux présentent un intérêt tout particulier et méritent un examen approfondi : le principe selon lequel un Etat ne peut utiliser son territoire de manière à porter atteinte aux droits d'autres Etats (A), ainsi que le principe de bon voisinage (B).

A. Le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*

Le principe *sic utere tuo ut alienum non laedas* (use de ton propre bien de manière à ne pas porter atteinte au bien d'autrui) est une règle établie en droit international. La Cour internationale de Justice a souligné, dans la célèbre affaire du *Détroit de Corfou*, « l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États ». ⁵⁰ La transposition de ce principe général dans le cas particulier de la migration signifierait qu'un flux migratoire porterait atteinte à la souveraineté territoriale des Etats de destination et violerait ainsi leur droit de contrôler l'entrée des étrangers sur leur territoire national. Ce raisonnement repose, cependant, sur une conception absolutiste de la souveraineté territoriale qui ne correspond pas à l'état du droit international contemporain.

Bien que le contrôle aux frontières soit traditionnellement considéré comme inhérent à la souveraineté, il s'agit là d'une compétence de l'Etat et non d'un domaine réservé qui échapperait à l'emprise du droit international. Le droit international des migrations est, à cet égard, le reflet de

⁵⁰ Cour internationale de Justice, Affaire du *Détroit de Corfou*, arrêt du 9 avril 1949, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 22.

l'évolution qu'a connu le concept même de souveraineté en droit international général. Dans le domaine des migrations comme dans bien d'autres domaines, la souveraineté n'est pas cette liberté absolue pour l'Etat de faire ce que bon lui semble. La souveraineté territoriale est, tout à la fois, une compétence et une responsabilité : la souveraineté de l'Etat est d'abord une compétence, celle de réglementer l'admission des étrangers dans son droit interne ; mais la souveraineté est aussi une responsabilité, celle de mettre en œuvre une politique migratoire dans le respect du droit international.

Cette notion de souveraineté relative – et non absolue – n'est pas une vue de l'esprit. Elle est au cœur du droit international des migrations et elle est reconnue par les Etats eux-mêmes comme principe directeur du *Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières*, qu'ils ont négocié durant près de deux années avant qu'il ne soit adopté par l'Assemblée générale en décembre 2018.⁵¹ Bien que le Pacte soit formellement dépourvu de valeur obligatoire, il rappelle à de multiples reprises l'obligation des Etats de respecter le droit international et réaffirme un grand nombre de principes juridiquement contraignants, y compris la non-discrimination, le non-refoulement, le droit à la vie familiale, l'intérêt supérieur de l'enfant, ou encore l'interdiction de l'expulsion collective.⁵²

Sous cet angle, le respect du droit international demeure un attribut de la souveraineté et non une atteinte aux droits de l'Etat.⁵³ Le fait de demander asile et de bénéficier du principe de non-refoulement ne peut donc être considéré comme une atteinte au droit des Etats d'accueil. A supposer même qu'aucune personne ne demande asile, l'entrée sur le territoire demeure régie par un réseau relativement dense et complexe de règles coutumières et de conventions multilatérales, régionales et bilatérales, dont l'examen échappe au cadre du présent chapitre.⁵⁴ Un Etat pourrait certes déroger à certains de ses engagements conventionnels, au motif discutable qu'un afflux massif constituerait « un danger public exceptionnel [qui] menace l'existence de la nation ». ⁵⁵ Sauf à souscrire à la théorie raciale du grand remplacement, les diverses conditions régissant les mécanismes de dérogation requièrent davantage que l'arrivée d'un grand nombre de migrants et de réfugiés pour justifier des mesures dérogeant à leurs droits fondamentaux. L'état d'urgence décrété par la Lettonie, la Lituanie et la Pologne en 2021, à la suite de l'arrivée soudaine de migrants et réfugiés depuis la Biélorussie, apparaît à cet égard ni nécessaire ni proportionné.⁵⁶

⁵¹ « Le Pacte mondial réaffirme le droit souverain des États de définir leurs politiques migratoires nationales et leur droit de gérer les migrations relevant de leur compétence, dans le respect du droit international » : Pacte mondial pour des migrations sûres, ordonnées et régulières, op. cit., par. 15 c). L'objectif 11 spécifiquement dédié à la gestion des frontières souligne, également, l'engagements pris par les Etats de respecter « les obligations découlant du droit international et les droits fondamentaux de tous les migrants, quel que soit leur statut migratoire », *ibid.*, par. 27.

⁵² Sur l'incorporation de ces principes juridiquement contraignants dans le Pacte, voir notamment: V. CHETAIL, "The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: a Kaleidoscope of International Law", *International Journal of Law in Context*, 2020, pp. 253-268.

⁵³ Cour permanente de Justice internationale, affaire du Vapeur Wimbledon, arrêt du 17 août 1923, série A, n° 1, p. 25

⁵⁴ Pour de plus amples discussions voir les nombreux ouvrages généraux précédemment mentionnés en introduction dans la note 2.

⁵⁵ Article 4 par. 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques.

⁵⁶ Au moment où nous écrivons le présent chapitre, la Cour européenne a ordonné des mesures provisoires à l'égard de la Lettonie, la Lituanie et la Pologne, tandis que la Commission européenne a proposé à l'inverse diverses mesures dérogatoires dont leur adoption est en cours de discussions par les Etats membres: Cour eur. D.H., 25 août 2021, *R.A. et autres c. Pologne*, req. n° 42120/21, *Ahmed et autres c. Lettonie*, req. n° 42165/21 ; 15 septembre 2021, *Ahmed et autres c. Lettonie*, req. n° 42165/21 ; 27 septembre 2021, *R.A. et autres c. Pologne*, req. n° 42120/21; Commission

Parmi les autres conditions requises, le recours au mécanisme de dérogations n'exempte pas les Etats du respect des autres obligations que leur imposent le droit international, y compris le principe de non-refoulement, l'interdiction de l'expulsion collective et le droit corrélatif à un traitement individuel.⁵⁷ De même, les nombreuses conventions internationales qui ne prévoient pas de mécanismes de dérogation demeurent applicables.⁵⁸ La *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants* souligne que même en présence d'un déplacement massif, les Etats demeurent tenus « de protéger pleinement, les droits fondamentaux de tous les réfugiés et migrants, quel que soit leur statut ». ⁵⁹ Bien que discutable dans sa formulation, la résolution de l'Institut de droit international relative à la migration en masse s'inscrit dans la même lignée, en rappelant les droits fondamentaux dont bénéficie tout migrant en pareille situation.⁶⁰ La proclamation éventuelle d'un état d'urgence résultant de l'arrivée d'un grand nombre de migrants ne saurait donc équivaloir à une zone de non-droit et elle n'affecte nullement la responsabilité internationale de l'Etat à l'origine d'un tel afflux.

Si un flux migratoire ne saurait constituer en lui-même un fait internationalement illicite ni porter atteinte aux droits de l'Etat de destination, une autre alternative possible serait d'invoquer la responsabilité objective pour dommages résultant d'une activité non interdite par le droit international. Le principe d'une telle responsabilité indépendante de tout fait internationalement illicite est bien connu du droit international de l'environnement et consacré comme tel par la Cour internationale de Justice : il requiert des Etats une obligation de prévenir les dommages transfrontières significatifs.⁶¹ Assimiler un flux migratoire à un dommage transfrontière demeure pour le moins hasardeux. Malgré l'absence de tout précédent en la matière, certains auteurs se sont aventurés sur ce terrain glissant, en invoquant la célèbre sentence du Tribunal arbitral de la fonderie de Trail : « Selon les principes du droit international, [...] aucun État n'a le droit d'user de son territoire ou d'en permettre l'usage de manière à ce que des fumées causent des dommages sur le territoire d'un autre État ou aux propriétés des personnes qui s'y trouvent, s'il s'agit de conséquences sérieuses et si le préjudice est prouvé par des preuves claires et convaincantes ». ⁶²

européenne, *Proposition de Décision du Conseil relative à des mesures provisoires d'urgence en faveur de la Lettonie, de la Lituanie et de la Pologne*, COM(2021) 752 final.

⁵⁷ Pour de plus amples détails en lien avec la situation d'urgence sanitaire relatives au Covid-19, voir notamment : V. CHETAIL, "Crisis without Borders: What Does International Law Say About Border Closure in the Context of Covid-19?", *Frontiers in Political Science*, 2020, pp. 1-6 ; id., *COVID-19 and human rights of migrants: More protection for the benefit of all*, Policy Brief, IOM, 2020.

⁵⁸ Pour se limiter aux conventions des Nations Unies, il convient de citer notamment la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la Convention relative aux droits de l'enfant, la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles, les Convention No. 97 et No. 143 sur les travailleurs migrants, le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, air et mer ainsi que le Protocole visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants.

⁵⁹ *Déclaration de New York pour les réfugiés et les migrants*, op. cit., para. 5.

⁶⁰ Outre le droit de quitter tout pays, ce rappel de principe porte notamment sur le respect de la dignité humaine, le droit de retourner dans son propre pays, la non-discrimination, l'interdiction du renvoi collectif et le principe de non-refoulement.

⁶¹ CIJ, *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 242 (8 juillet 1996), p. 241, par. 29 ; Certaines activités menées par le Nicaragua dans la région frontalière (Costa Rica c. Nicaragua), arrêt du 16 décembre 2015, C.I.J. Recueil 2015, p. 706, par. 104 ; CDI, *Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses*, Annuaire de la Commission du droit international, 2001, vol. II(2).

⁶² *Affaire de la Fonderie de Trail*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III, p. 1965.

La comparaison entre les fumées toxiques et les flux de réfugiés est, sinon douteuse, du moins inique. Il est pourtant assez fréquent de lire: « Certes, il y a des différences entre les fumées [...] ou d'autres pollutions transfrontalières [...] et les flux de réfugiés, mais les similitudes semblent prévaloir. Les deux traversent la frontière d'un pays à l'autre, leur prévention par le pays d'origine est possible, les deux se produisent sans consentement de l'Etat atteint qui peut en conséquence subir des troubles économiques et sociaux ». ⁶³ Cette comparaison deshumanisante atteint son paroxysme, lorsqu'elle s'accompagne d'une liste hétéroclite et approximative des conséquences et des coûts présumés de l'asile. ⁶⁴ Une telle représentation des réfugiés en dit long sur les préjugés qui dominent la question migratoire. Elle n'est pas foncièrement nouvelle. Déjà en 1951, un observateur des négociations de la Convention de Genève remarquait :

« On aurait pu croire, parfois, qu'il s'agissait d'une conférence pour la protection contre les méchants réfugiés des Etats souverains sans défense. [...] Il se dégage des débats, même pour les personnes qui les ont suivis fidèlement, l'impression que le réfugié moyen est un trafiquant de devises, un failli, un dangereux criminel, un agent de l'ennemi, une menace pour le marché de la main-d'œuvre et une personne incapable d'accéder à l'enseignement supérieur. Certes, il existe de telles personnes, comme elles existent dans toutes les catégories d'êtres humains, mais ceux qui travaillent avec les réfugiés se sentent tenus de rappeler à la Conférence que les réfugiés sont des hommes et des femmes qui ont des passions et des qualités identiques à celles des autres et l'expérience a montré, en Europe, et notamment dans les pays d'accueil, que la grande majorité des réfugiés pouvaient représenter un actif virtuel pour une collectivité quelconque ». ⁶⁵

A supposer même que le principe de prévention des dommages transfrontières puisse être transposé du droit international de l'environnement au droit international des migrations, un tel raisonnement par analogie se heurte à deux considérations élémentaires liées à la notion même de dommage. D'une part, l'arrivée de migrants ne saurait être assimilée à un dommage, à moins de nier leur dignité humaine et violer le droit de toute personne à la reconnaissance de sa personnalité juridique en tous lieux, y compris à la frontière. ⁶⁶ D'autre part, même si l'on tient compte des conséquences, à savoir le coût induits par l'accueil et la prise en charge d'un grand nombre de migrants et réfugiés, ce coût ne saurait être considéré comme un dommage. Dans ce domaine comme dans tant d'autres,

⁶³ C. WLADYSLAW & S. PAVEL, « La responsabilité des États pour les flux de réfugiés qu'ils ont provoqués », *Annuaire français de droit international*, 1994, p. 168. Voir dans la même veine: L.T LEE, "The Right to Compensation: Refugees and Countries of Asylum", *American Journal of International Law*, 1986, vol. 80, p. 554; P. AKHAVAN & M. BERGSMO, "The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States", *Nordic Journal of International Law*, 1989, pp. 244-146; G. KAJTÁR & B. BAZÁNTH "The Duty to Compensate for Expenses Occurring as a Result of Mass Migration in International Law", *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2017, pp. 49-50; M.A. GREENOP, "Two Birds with One Stone: A Legal Obligation to Compensate Host States for the Burden Associated with a Mass Influx of Refugees", *Public Interest Law Journal of New Zealand*, pp. 69-70; W.J.N. NG, "Time to Pay the Fiddler: Monetary Compensation for Causing the Mass Exodus of Refugees", *New York University Journal of International Law and Policy*, 2017-2018, pp. 1125-1127.

⁶⁴ Voir par exemple: M.A. GREENOP, "Two Birds with One Stone: A Legal Obligation to Compensate Host States for the Burden Associated with a Mass Influx of Refugees", *op. cit.*, pp. 64-67; W.J.N. NG, "Time to Pay the Fiddler: Monetary Compensation for Causing the Mass Exodus of Refugees", *op. cit.*, p. 1126.

⁶⁵ M. REES, *Conférence de plénipotentiaires sur le statut des réfugiés et des apatrides: Compte rendu analytique de la dix-neuvième séance, tenue au Palais des Nations, à Genève, A/CONF.2/SR.19* (26 novembre 1951).

⁶⁶ Article 16 du Pacte relatif aux droits civils et politiques. Parmi de nombreuses sources possibles, voir par exemple l'article 13 de la résolution sur les migrations en masse : « Dans la gestion de la situation résultant de la migration de masse, les Etats doivent respecter et faire respecter la dignité humaine des migrants. [...] A cette fin, l'Etat d'accueil doit déterminer le statut des migrants avec toute la célérité possible ».

respecter le droit international a un coût, mais l'application des obligations internationales ne saurait être assimilée à un dommage. Il n'est pas question de nier les difficultés opérationnelles liés à la gestion des frontières en pareilles circonstances, mais de telles difficultés n'exemptent nullement les Etats du respect de leur obligation. Ainsi que l'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme en diverses occasions, « les difficultés que [les Etats] peuvent rencontrer dans la gestion des flux migratoires ou dans l'accueil des demandeurs d'asile ne sauraient justifier le recours à des pratiques incompatibles avec la Convention ou ses Protocoles ». ⁶⁷

Ces arguments pourraient sembler contre-intuitif aux profanes, tant il est devenu courant dans le débat public, les médias et les discours politiques de présenter le migrant comme une charge pour les finances publiques. Pour répandue qu'elle soit, cette représentation est fautive. Confirmant de nombreuses études menées en la matière, un récent rapport de l'OCDE portant sur 25 pays et couvrant une période de 2006 à 2018 a démontré que la contribution des immigrants sous la forme d'impôts et de cotisations est supérieure aux dépenses publiques consacrées à leur protection sociale, leur santé et leur éducation. ⁶⁸ Cette étude empirique est loin d'être isolée. Pour ne citer que quelques exemples, une étude du Fonds monétaire international a démontré qu'une augmentation de seulement un pour cent du nombre de migrants adultes dans les pays développés pouvait à terme augmenter le PIB par habitant de deux pour cent. ⁶⁹ La contribution positive des migrants sur la productivité et le marché du travail des pays d'accueil est également largement documentée. ⁷⁰

Bien que moins visible des opinions publiques occidentales, les difficultés relatives à la prise en charge des déplacements massifs demeurent nettement plus aiguës dans les pays en développement, qui accueillent à eux seuls quatre-vingt-six pour cent du nombre total des réfugiés dans le monde. ⁷¹ Il est notable de constater que, dans les pays du Sud, la solution à la prise en charge des afflux massifs de réfugiés ne réside pas dans l'invocation d'un prétendu dommage subi par les pays d'asile, mais dans la mise en place de mécanismes de solidarité – régionale et internationale – ainsi que le soutien de la communauté internationale (via notamment le Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés). ⁷²

B. Le principe de bon voisinage

⁶⁷ Cour EDH, *Khlaifia et autres c. Italy* [GC], req. N° 16483/12, arrêt du 15 décembre 2016, par. 241 ; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* [GC], req. no 27765/09, arrêt du 23 février 2012, par. 179.

⁶⁸ OECD, *Perspectives des migrations internationales 2021*, OECD Publishing, Paris, 2021, p. 120.

⁶⁹ F. JAUMOTTE, K. KOLOSKOVA, & S.C. SAXENA, *Impact of Migration on Income Levels on Advanced Economies*, Spillover Task Force, International Monetary Fund, 2016, p. 2.

⁷⁰ Voir notamment: ILO, OECD & World Bank Group, 'The Contribution of Labour Mobility to Economic Growth' (2015); T. SOBOTKA, V. SKIRBEKK and D. PHILPOV, 'Economic Recession and Fertility in the Developed World', *Population and Development Review*, 2011, 37(2), pp. 267-306.

⁷¹ UNHCR, *Global Trends in Forced Displacement*, 2020, p. 2.

⁷² Au niveau régional, la Convention régissant les aspects propres aux problèmes des réfugiés en Afrique prévoit, en son article II(4) : « Lorsqu'un Etat membre éprouve des difficultés à continuer d'accorder le droit d'asile aux réfugiés, cet Etat membre pourra lancer un appel aux autres Etats membres, tant directement que par l'intermédiaire de l'OUA; et les autres Etats membres, dans un esprit de solidarité africaine et de coopération internationale prendront les mesures appropriées pour alléger le fardeau dudit Etat membre accordant le droit d'asile. » Au niveau universel, le *Pacte mondial sur les réfugiés*, adopté en 2018, vise « à opérationnaliser les principes de partage de la charge et des responsabilités pour mieux protéger et assister les réfugiés, et soutenir les pays et communautés d'accueil » (par. 5). Pour ce faire, une batterie de mesures opérationnelles et de mécanismes non contraignants a été mise en place, dont la mise œuvre dépend pour beaucoup de la volonté des Etats et des financements occidentaux.

Le fait qu'un Etat tolère le transit de migrants à travers son territoire a parfois été présenté en doctrine comme une violation du principe de bon voisinage. Cette idée a été invoquée par Kay Hailbronner qui semble en déduire que les Etats de transit seraient tenues par une obligation positive d'empêcher le passage de migrants à travers leur territoire et dont la méconnaissance entrainerait une obligation de réadmission.⁷³ De l'aveu de son propre partisan, il ne s'agirait encore que d'une pratique émergente du droit international coutumier.⁷⁴ Cette opinion doctrinale demeure marginale⁷⁵ et contestée.⁷⁶ L'idée même qu'il existerait une norme émergente en la matière demeure discutable, tant la pratique est évanescence et peu concluante.⁷⁷

Le principe de bon voisinage est trop vague et général pour créer une quelconque obligation d'empêcher le transit de migrants, qui violerait par ailleurs leur droit de quitter tout pays. La nature juridique de ce principe demeure controversée et l'indétermination de son contenu le rend inapte à créer une obligation spécifiquement opposable aux pays de transit. Le bon voisinage s'apparente davantage à un principe politique de coopération renforcée par une situation de proximité. Il est défini en doctrine comme un « principe politique en vertu duquel les états appartenant à une même zone géographique, ou dont les activités s'interpénètrent dans un même espace géographique, définissent et conduisent leurs relations mutuelles sur le fondement de la confiance, de la réciprocité et de la coopération amicale et continue, en vue de créer et entretenir un climat favorable à la paix ».⁷⁸

La nature extra-juridique du bon voisinage est confirmée par la jurisprudence internationale. La Cour internationale de Justice s'y est référée pour désigner, de manière générale, « les considérations de courtoisie, de bon voisinage et d'opportunité politique ».⁷⁹ Il a une valeur

⁷³ K. HAILBRONNER, "Readmission Agreements and the Obligation of States under Public International Law to Readmit Their Own and Foreign Nationals", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1997, vol. 57, pp. 31-34.

⁷⁴ « The basic idea is that irregular migration movements can no longer be encouraged by tolerating transit or insufficient border controls. States are obliged under the principles of good neighbourliness and international solidarity to prevent their territory from being used as a transit area for irregular migration movements. If until now precise legal rules are yet to be developed, this does not mean however that the principles of an emerging customary international law of international co-operation and good neighbourliness are meaningless when it comes to the easiest way to get rid of unwanted migrants": K. HAILBRONNER, 'Study on "Refugee Status in EU Member States and Return Policies" – Final Report' (European Parliament, Brussels 2005) 55, <http://www.mirovni-institut.si/data/tinymce/osebje-teksti/Final_Report_english.pdf>

⁷⁵ Parmi les très rares auteurs ayant endossé l'interprétation de K. HAILBRONNER, voir : E. BASHESKA & D. KOCHENOV, « EuroMed, migration and frenemy-ship: Pretending to deepen cooperation across the Mediterranean », in F. IPPOLITO & S. TREVISANUT (dir.), *Migration in the Mediterranean: Mechanisms of International Cooperation* (pp. 43-67). Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 45-46.

⁷⁶ Voir notamment : N. COLEMAN, *European Readmission Policy, Third Country Interests and Refugees Rights*, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 41-45; M. GIUFFRÉ, *The Readmission of Asylum Seekers under International Law*, Chicago: Hart Publishing 2020, pp. 140-142.

⁷⁷ Les accords de réadmission ne sont guère pertinents et militent même dans le sens contraire : les pays de destination sont contraints de négocier de tels accords avec les pays de transit précisément parce qu'il n'existe pas d'obligation coutumière obligeant ces derniers à réadmettre les migrants ayant transité sur leur territoire.

⁷⁸ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 136. Pour un constat similaire sur la nature politique du principe de bon voisinage voir notamment : P. MALANCZUK, *Akehurst's modern introduction to international law*, seventh revised edition, Routledge, Londres, 1997, p. 246; O. SCHACHTER, *International law in theory and practice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1991, p. 363.

⁷⁹ CIJ, *Affaire du droit d'asile (Colombie/Pérou)*, arrêt du 20 novembre 1950, CIJ Rec. p. 285.

fondamentalement incitative destinée à encourager la coopération sans pour autant créer une obligation juridique spécifique. La sentence arbitrale du 17 juillet 1986 relative au filetage dans le golfe du Saint-Laurent emploie le terme de « voisinage » pour « qualifier des situations de proximité qui, à peine d'engendrer des frictions continues, appellent une collaboration continue au bénéfice des nationaux ou des services publics de deux ou de plusieurs Etats dont les activités s'interpénètrent dans un même espace géographique. Tel est le cas par exemple de l'utilisation des eaux d'un même bassin fluvial, de la prévention de la pollution, du régime des travailleurs frontaliers ou de certaines zones douanières ». ⁸⁰

Les situations de fait induites par le voisinage et l'interdépendance qu'il génère peuvent certes justifier la conclusion de traités et, en ce cas, le principe politique accède à la positivité juridique. Le contenu et la portée du principe de bon voisinage dépendent alors étroitement du contexte normatif dans lequel il s'intègre. La Charte des Nations Unies s'y réfère de manière explicite, quoique furtive, à deux reprises. Son préambule fait appel sur mode incantatoire à « un esprit de bon voisinage » qui renvoie à la notion de relations pacifiques entre Etats et, par extension, à la coopération interétatique. ⁸¹ L'article 74 se réfère également à un « principe général du bon voisinage », lui conférant ainsi un caractère juridiquement contraignant. ⁸² Cette disposition s'insère dans le chapitre XI relatif aux territoires non autonomes et s'adresse donc essentiellement aux pays coloniaux. ⁸³ Le fait qu'il soit reconnu comme un principe général laisse néanmoins supposer qu'il s'appliquerait à tous les Etats membres. Quoiqu'opposable à ces derniers, les incertitudes quant aux implications concrètes d'un tel principe demeurent en l'absence de toute autre précision relative à son contenu juridique. La plupart des commentateurs de la Charte s'accordent à l'interpréter comme « tout au plus un principe directeur, destiné à servir de guide dans la politique à adopter, mais dépourvu de tout contenu juridique précis ». ⁸⁴

⁸⁰ Sentence arbitrale du 17 juillet 1986 relative au filetage dans le golfe du Saint-Laurent, *RGDIP*, 1986, p. 732.

⁸¹ Selon l'alinéa 5 du préambule – qui demeure en tant que tel dépourvu de force contraignante – les peuples des nations unies sont résolus « à pratiquer la tolérance, à vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage ». J.-P. COT et A. PELLET relèvent que, bien que la formulation retenue ne soit pas dépourvue d'ambiguïté, cet alinéa demeure « la seule disposition du préambule qui, fût-ce par périphrase, renvoie aux notions de relations amicales, de coopération internationale et de concertation sur lesquelles insistent les paragraphes 2, 3 et 4 de l'article 1^{er} » : J.P. COT & A. PELLET, « Préambule », in J.P. COT, A. PELLET and M. FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, Paris 2005, pp. 297-298.

⁸² « Les Membres de l'Organisation reconnaissent aussi que leur politique doit être fondée, autant dans les territoires auxquels s'applique le présent Chapitre que dans leurs territoires métropolitains, sur le principe général du bon voisinage dans le domaine social, économique et commercial, compte tenu des intérêts et de la prospérité du reste du monde ».

⁸³ Voir en ce sens : A. HASBI, « Article 74 », in J.P. COT, A. PELLET and M. FORTEAU eds., *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, Paris 2005, p. 1777–1778 ; U. FASTENRATH, «Ch.XI Declaration Regarding Non-self-governing Territories, Article 74», in B. SIMMA et al. (dir.), *The Charter of the United Nations: A Commentary, Volume II (3rd Edition)*, Oxford University Press, Oxford, p. 1840.

⁸⁴ L. M. GOODRICH et E. HAMBRO, *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, éd. De la Baconnière, Neuchâtel, 1946, p. 332. «Art. 74 does not create concrete legal obligations of good-neighbourliness. Such obligations are only present in a rudimentary fashion in general international law (eg in the international protection of waters and the environment, *qua* human rights and the duty of cooperation). The 'principle of good-neighbourliness' rather sets a general, though nonetheless legally binding aim for policy; it is thus more than just a political principle.» : U. FASTENRATH, «Ch.XI Declaration Regarding Non-self-governing Territories, Article 74», *op. cit.*, p. 1840. Voir également: A. HASBI, « Article 74 », in J.-P. COT, A. PELLET and M. FORTEAU eds., *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article*, Paris 2005, p. 1779–1782. Voir contra : L. BOISSON DE CHAZOURNES & D. CAMPANELLI, « Neighbour States », in R. WOLFRUM (dir.), *Oxford University Press*, 2012, pp. 600-606.

Même lorsque sa nature juridique repose sur un fondement clairement établi, le principe de bon voisinage s'apparente donc à un principe-cadre, dont la matérialité juridique ne peut être saisie que par la médiation d'autres règles destinées à préciser son contenu normatif.⁸⁵ En l'absence de telles règles, sa signification juridique ne va pas au-delà d'un devoir vague et général de coopération.⁸⁶ Les incertitudes liées à la notion même de bon voisinage ont conduit l'Assemblée générale à chercher à partir de 1979 à en préciser et clarifier le contenu.⁸⁷ Cette tentative n'a toutefois pas abouti et n'ira guère au-delà d'un rappel des principes des Nations Unies, tels qu'ils sont inscrits dans la Charte et dans la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre Etats*.⁸⁸ Ce faisant, le principe de bon voisinage perd son autonomie normative pour se confondre avec lesdits principes. Cette tentative de clarification de la notion de bon voisinage s'achève en 1991 pour que l'Assemblée générale finisse par constater l'évidence : le meilleur moyen de favoriser le bon voisinage réside dans « le respect par chaque Etat de la primauté du droit dans ses relations internationales ».⁸⁹

L'absence d'autonomie normative du principe de bon voisinage est confirmée par les multiples traités bilatéraux de bon voisinage et d'amitiés. Le contenu de tels traités renvoie aux principes de la Charte des Nations Unies et identifient les domaines justifiant une coopération renforcée. Il est, par ailleurs, significatif de constater qu'à l'instar du Traité d'amitié, de bon voisinage et de coopération du 4 juillet 1991 entre le Maroc et l'Espagne, l'immense majorité de traités d'amitié ne font aucune référence à la migration. Lorsque la migration est évoquée, le traité pose un principe général de coopération sans en préciser le contenu et ses modalités ou en renvoyant à la conclusion d'accords ultérieurs. C'est tout particulièrement le cas des traités bilatéraux conclus par la Biélorussie avec la Lituanie et la Pologne.⁹⁰

Au niveau régional, la politique européenne de voisinage confirme l'absence d'autonomie normative et l'indétermination de son contenu juridique. Conformément à l'article 8 paragraphe 1 du Traité de l'Union européenne, « l'Union développe avec les pays de son voisinage des relations privilégiées, en vue d'établir un espace de prospérité et de bon voisinage, fondé sur les valeurs de l'Union et caractérisé par des relations étroites et pacifiques reposant sur la coopération », tandis

⁸⁵ Voir en ce sens notamment : G. JUCHS, « Bon voisinage en droit international public: un mauvais concept pour un principe juridique », *Revue belge de droit international*, 2011, vol. 44, pp. 235-237 ; M. LEMEY, *L'abus de droit en droit international public*, LGDJ, Paris, 2021, p. 139.

⁸⁶ G. JUCHS conclut son étude sur le bon voisinage : « il semble que ce 'principe-cadre' doive être envisagé comme un phénomène à double détente visant tout d'abord une règle procédurale consistant en une simple obligation générale de coopération entre Etats devant ensuite être précisée. Mais même cette terminologie de coopération, aussi vaste soit-elle, montre ici ses limites et se révèle peu adaptée puisqu'elle exprime uniquement l'idée de 'travailler conjointement' » : « Bon voisinage en droit international public: un mauvais concept pour un principe juridique », *op. cit.* p. 236.

⁸⁷ AG Res. 34/99 (1979).

⁸⁸ « Le bon voisinage est pleinement conforme aux buts de l'Organisation des Nations Unies, il doit être fondé sur le strict respect des principes des Nations Unies tels qu'ils sont inscrits dans la Charte et dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats conformément à la Charte des Nations unies et qu'il suppose donc le rejet de tout acte tendant à établir des zones d'influence ou de domination » : AG Res. 43/171 (1988), par. 1.

⁸⁹ AG Res. 46/62 (1991), par. 4.

⁹⁰ Accord entre le Gouvernement de la République de Pologne et le Gouvernement de la République du Bélarus concernant le bon voisinage et la coopération amicale du 23 juin 1992, RTNU, N° 54547, 2017, p. 2; Traité entre la République de Lituanie et la République du Bélarus de bon voisinage et de coopération du 6 février 1995, RTNU, vol. 1951, 1996, N° 33418, p. 117.

que son second paragraphe renvoie à la conclusion d'« accords spécifiques avec les pays concernés ». ⁹¹ Sans qu'il ne soit possible de se livrer ici à une analyse approfondie, il importe de relever qu'à l'exception des pays candidats à l'adhésion à l'Union, la multitudes d'accords conclus dans le cadre de cette politique de voisinage n'adressent la migration que de manière très incidente. Les accords d'association conclus par l'Union européenne avec le Maroc, la Tunisie, l'Algérie et l'Ukraine se bornent à prévoir en des termes très généraux un dialogue régulier dans le domaine social, y compris l'immigration clandestine. ⁹² Un tel principe de coopération, même intégré dans un traité contraignant, demeure insuffisant pour établir l'existence d'une obligation *contra legem* d'empêcher le transit de migrants, qui se révélerait incompatible au droit de quitter tout pays.

Le principe de bon voisinage et les droits des Etats limitrophes confirment à cet égard la dialectique précédemment identifiée dans le cadre du droit international des droits de l'homme : l'abstention d'un Etat consistant à ne pas entraver le transit sur son territoire n'engage pas en tant que telle sa responsabilité internationale. En revanche, le fait de provoquer un afflux massif dans le territoire d'un autre Etat peut constituer, à tout le moins, un manquement au devoir de coopération, voire une atteinte portée à la sécurité collective ou à la lutte contre la criminalité transnationale.

III. Flux migratoires, sécurité collective et criminalité transnationale : le droit international dans tous ses états

Le droit international est amené à jouer un rôle de tout premier plan, lorsque la responsabilité d'un Etat de transit est envisagée au-delà du cercle des seuls pays limitrophes dans ses relations avec la communauté internationale des Etats dans son ensemble. C'est non seulement le cas lorsque le phénomène migratoire est envisagé à travers le droit international des droits de l'homme, mais aussi lorsqu'il est appréhendé sous l'angle de la sécurité collective (A) et de la criminalité transnationale (B).

⁹¹ On retrouve le même procédé dans le Pacte de stabilité en Europe du 21 mars 1995. Le Pacte déclare que « les relations de bon voisinage doivent favoriser le développement économique régional, afin de réduire les inégalités économiques et sociales génératrices de tensions, ainsi que la coopération transfrontière qui doit permettre de développer dans les domaines économique, culturel, administratif et humain la libre circulation des personnes, des idées, des biens et des services », tandis que la mise en œuvre et le contenu des relations de bon voisinage renvoient à une longue liste de traités d'amitié de coopération et de bon voisinage.

⁹² Accord euro-méditerranéen établissant une association entre les Communautés européennes et leurs États membres, d'une part, et le Royaume du Maroc (article 69), JO L 70 du 18.3.2000, p. 2 ; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République tunisienne, d'autre part (article 69), JO L 97 du 30.3.1998, p. 2 ; Accord euro-méditerranéen établissant une association entre la Communauté européenne et ses États membres, d'une part, et la République Algérienne démocratique et populaire, d'autre part (article 72), JO L 265 du 10.10.2005, p. 2. A l'inverse des autres traités d'association, l'accord conclu avec l'Algérie contient un article 84 consacré à la prévention et au contrôle de l'immigration illégale mais dont le contenu se limite à une obligation de réadmission des seuls nationaux des parties contractantes présents illégalement sur leur territoire respectif. En outre, l'accord conclu avec l'Ukraine est légèrement plus précis sur les termes de ce dialogue. Aux termes de son article 16, « les parties réaffirment l'importance d'une gestion conjointe des flux migratoires entre leurs territoires et renforcent davantage le dialogue global sur toutes les questions liées à la migration, notamment la migration clandestine et légale, le trafic et la traite des êtres humains [...]. Ce dialogue repose sur les principes fondamentaux de solidarité, de confiance mutuelle, de responsabilité conjointe et de partenariat »: Accord d'association entre l'Union européenne et ses États membres, d'une part, et l'Ukraine, d'autre part, JO L 161 du 29.5.2014, p. 3.

A. Afflux massif, sécurité collective et principe de non-intervention

Un afflux massif de réfugiés et de migrants peut, dans certaines circonstances, déstabiliser des Etats et une région toute entière à tel point qu'il représente une menace à la paix ou à la sécurité internationales. Le Conseil de sécurité a constaté, à propos de la situation en Irak en 1991 et à Haïti en 1993, que les « déplacements massifs de population »⁹³ ou encore le « flux massif de réfugiés vers des frontières internationales et à travers celles-ci » constituaient des menaces à la paix et à la sécurité internationales.⁹⁴ L'afflux massif engagerait ainsi la responsabilité internationale de l'Etat qui en ait à l'origine. Une telle responsabilité suppose la qualification préalable d'une menace à la paix ou la sécurité internationales par le Conseil de sécurité. Ce constat palie ainsi à l'indétermination de la notion même d'afflux massif et s'impose à tous les Etats membres au titre du chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Ces cas de figure sont, néanmoins, circonscrits à des situations particulièrement exceptionnelles et reconnues comme telles par le Conseil de sécurité. La plupart des autres résolutions du Conseil se réfèrent, non pas aux afflux eux-mêmes, mais à leurs conséquences ou leurs causes (en l'occurrence les violations massives des droits de l'homme et du droit humanitaire) pour constater une menace à la paix et la sécurité internationales.⁹⁵

En revanche, un déplacement en masse de réfugiés ou de migrants ne saurait être assimilé *ipso facto* à une attaque armée, au sens de l'article 2 paragraphe 4 de la Charte des Nations unies, ni à des « forces irrégulières ou de bandes armées, notamment de bandes de mercenaires, en vue d'incursions sur le territoire d'un autre Etat » au sens de la *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats*. A moins de confondre migrants et terroristes ou de présumer que les migrants soient tous armés, un afflux massif ne peut être considéré comme une attaque armée.⁹⁶

Il est vrai que la rhétorique guerrière est devenue courante dans le domaine migratoire et qu'un nouveau vocable a vu le jour à travers l'assimilation d'un afflux massif à une forme indéterminée d'attaque hybride. C'est ainsi que le Conseil européen a affirmé en octobre 2021 qu'il « condamne toutes les attaques hybrides menées aux frontières de l'UE » et souligné qu'il « y réagira en conséquence. »⁹⁷ Ce faisant, l'usage du qualificatif « hybride » indique précisément que l'attaque en question n'est pas armée, bien qu'elle revête aux yeux de l'Union européenne les apparences d'une attaque, dont la nature demeure indéterminée. Il demeure difficile de conférer une quelconque signification juridique à cette terminologie éminemment politisée qui vise à adresser

⁹³ Conseil de sécurité, Résolution 841 (1993), 9^e considérant du préambule, à propos de la situation en Haïti.

⁹⁴ Conseil de sécurité, Résolution 688 (1991) 3^e considérant du préambule, concernant la situation dans la région kurde de l'Iraq.

⁹⁵ Pour de plus amples discussions, voir : V. GOWLLAND-DEBBAS, « La Charte des Nations Unies et la Convention de Genève du 28 Juillet 1951 Relative au Statut des Réfugiés », in V. CHETAIL & J.F. FLAUSS (dir.), *La Convention de Genève du 28 Juillet 1951 Relative au Statut des Réfugiés 50 Ans Après: Bilan et Perspectives* (2001), pp. 211-217 ; V. AHLBORN, *The Development of International Refugee Protection through the Practice of the UN Security Council*. Genève: Graduate Institute Publications, 2010 pp. 31-34.

⁹⁶ Une interprétation extensive de la notion d'attaque armée par analogie à ses effets n'est pas non plus appropriée, à moins de souscrire à une vision militarisée du grand remplacement, où des migrants non armés arriveraient en si grand nombre que la population nationale se trouverait numériquement marginalisée.

⁹⁷ Conseil européen, Conclusions – 21 et 22 octobre 2021, CEUCO/17/21, CO EUR 15, par. 19.

un message de mise en garde à destination des pays tiers.⁹⁸ Le Conseil ajoute en ce sens qu'il « n'acceptera aucune tentative de pays tiers visant à instrumentaliser les migrants à des fins politiques ». ⁹⁹

D'un point de vue strictement juridique, le comportement de la Biélorussie s'apparente davantage à une contre-mesure illégale qu'à une attaque proprement-dite, dans la mesure où ses actions ont été organisées en représailles aux sanctions décidées par l'Union européenne pour réagir contre la répression de l'opposition biélorusse après les élections présidentielles. De fait, les réponses décidées par l'Union européenne à l'encontre de la Biélorussie ont également pris la forme de contre-mesures via des sanctions ciblées à l'égard du régime biélorusse.¹⁰⁰ Un scénario assez semblable s'est produit lorsque le Maroc a été accusé par l'Union européenne d'avoir laissé entrer plusieurs milliers de personnes en mai 2021, après que le chef du Front Polisario ait été admis dans un hôpital espagnol pour raisons humanitaires. Le Parlement européen a adopté une résolution qui « rejette l'utilisation par le Maroc des contrôles aux frontières et de la migration, notamment des mineurs non accompagnés, comme moyen de pression politique sur un État membre de l'Union », avant de se féliciter que les autorités marocaines aient finalement acceptées le retour de tous les mineurs non accompagnés.¹⁰¹

Si un afflux de migrants n'est pas assimilable en tant que tel à une attaque armée au sens de la Charte des Nations unies, il peut être indiscutablement une source de tensions entre Etats. Bien que ce phénomène ne soit pas nouveau, la politisation à outrance de la migration l'a rendu plus visible que jamais. En ce sens, l'instrumentalisation des migrants constitue à tout le moins une pression politique qui peut, dans certaines circonstances, dégénérer en un fait internationalement illicite. Le fait de provoquer volontairement un afflux massif de migrants peut alors être assimilé à une violation du principe de non-intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. La *Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les Etats*, dont la nature coutumière n'est plus à démontrer, rappelle que :

« Aucun Etat ni groupe d'Etats n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat. En conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace, dirigées

⁹⁸ Les conclusions du Conseil prennent soin d'ajouter que « L'UE continuera à lutter contre l'attaque hybride en cours qui a été lancée par le régime biélorusse, y compris en adoptant de nouvelles mesures restrictives à l'encontre de personnes et d'entités juridiques, conformément à son approche progressive, et ce, de manière urgente. » : *ibid.*, par. 21.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ L'Union européenne a notamment suspendu l'accord conclu avec la Biélorussie pour faciliter la délivrance de visas et ordonner des mesures sanctions ciblées à l'encontre de divers fonctionnaires et responsables du régime : Décision d'exécution 2021/2125 du Conseil du 2 décembre 2021 mettant en œuvre la décision 2012/642/PESC concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Biélorussie, JO UE L 430, 2 décembre 2021, p. 16 ; Décision 2021/1940 du Conseil du 9 novembre 2021 relative à la suspension partielle de l'application de l'accord entre l'Union européenne et la République de Biélorussie visant à faciliter la délivrance de visas, JO EU L 396, 10 Novembre 2021, p. 58.

¹⁰¹ Résolution du Parlement européen du 10 juin 2021 sur la violation de la convention des Nations unies relative aux droits de l'enfant et l'instrumentalisation des mineurs par les autorités marocaines dans la crise migratoire à Ceuta (2021/2747(RSP)). Il est également intéressant de relever que le Parlement européen souligne avec force que « le droit international et le principe de souveraineté, d'intégrité territoriale et d'inviolabilité des frontières nationales doivent être respectés », mais il ne constate aucune violation à l'exception de celle de la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, considérant que l'intérêt supérieur de l'enfant n'avait pas été respecté.

contre la personnalité d'un Etat ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels, sont contraires au droit international.

Aucun Etat ne peut appliquer ni encourager l'usage de mesures économiques, politiques ou de toute autre nature pour contraindre un autre Etat à subordonner l'exercice de ses droits souverains et pour obtenir de lui des avantages de quelque ordre que ce soit. »

Ainsi donc, la provocation d'un afflux massif peut être considérée comme une ingérence illégale visant à contraindre un autre Etat dans l'exercice de ses droits souverains ou la conduite de sa politique étrangère. Les comportements litigieux de la Biélorussie et du Maroc demeurent, sous cet angle, des cas d'école : ils s'apparentent tout à la fois à une contre-mesure illégale et une mesure de pression politique visant à interférer dans la politique extérieure et intérieure de leurs pays voisins. Dans de telles circonstances, la principale difficulté n'est pas normative, mais d'ordre pratique, afin de déterminer dans quelle mesure la provocation d'un tel flux migratoire est imputable à l'Etat ou à des personnes agissant sur les instructions, les directives ou sous le contrôle de l'Etat. Quelle que soit les difficultés pratiques inhérentes à la détermination d'une telle imputation, la dernière question qui reste posée est de savoir si, indépendamment de toute provocation d'un flux migratoire, le trafic illicite de migrants peut constituer en lui-même un fait internationalement illicite engageant la responsabilité d'un Etat de transit.

B. Trafic illicite de migrants et responsabilité internationale des Etats de transit

Le trafic illicite de migrants est une préoccupation relativement ancienne : l'Assemblée générale a adopté, dès 1947, une résolution portant spécifiquement sur la « coopération internationale pour empêcher toute immigration susceptible de troubler les relations amicales entre les nations ». Cette résolution « invite les Etats Membres à ne pas accorder aide et protection aux individus ou aux organisations qui s'occupent de favoriser ou de réaliser toute immigration illégale, ou participent à des activités visant à favoriser l'immigration illégale ». ¹⁰² Il faut néanmoins attendre 2000 pour qu'un traité contraignant soit adopté à l'initiative de l'Autriche et de l'Italie. Entré en vigueur en 2004, le Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, additionnel à la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, est aujourd'hui ratifié par 150 Etats, ce qui en fait le traité le plus largement ratifié dans le domaine de la migration et de l'asile. Contrairement aux autres traités des Nations Unies relatifs aux réfugiés et aux travailleurs migrants, le Protocole de Palerme n'est pas un instrument de protection. Il est un instrument de lutte contre la criminalité transnationale organisée, dont le principal objet est de définir le trafic illicite de migrants et de l'ériger en un crime de droit interne. ¹⁰³

En revanche, le Protocole n'envisage nullement la possibilité qu'un Etat se livre lui-même à un tel trafic et il n'a pas été conçu dans cette perspective. ¹⁰⁴ Le trafic illicite de migrants n'engage pas en

¹⁰² AG Res. 136(II) (1947).

¹⁰³ Le trafic illicite de migrants est défini à son article 3 a) comme « le fait d'assurer, afin d'en tirer, directement ou indirectement, un avantage financier ou un autre avantage matériel, l'entrée illégale dans un Etat Partie d'une personne qui n'est ni un ressortissant ni un résident permanent de cet Etat ».

¹⁰⁴ L'ouvrage de référence sur le trafic illicite de migrants en droit international consacre un chapitre entier à la responsabilité de l'Etat sans aborder celle relative aux pays de transit. La question est simplement évoquée en passant pour mieux l'écarter: « any smuggling-related harms – in terms of both the process and the end result – are very much a direct consequence of actions taken by private entities, and States of origin or transit rarely take steps to adopt the

tant que tel la responsabilité internationale d'un Etat partie au protocole. Il engage la seule responsabilité pénale individuelle des trafiquants eux-mêmes, qu'ils soient auteurs, complices ou instigateurs.¹⁰⁵ Bien qu'un fonctionnaire ou responsable politique d'un Etat puisse être impliqué à des degrés divers dans un tel trafic, leur responsabilité pénale individuelle demeure juridiquement distincte de la responsabilité internationale de l'Etat *stricto sensu*. Il importe de souligner, en outre, que l'incrimination du trafic illicite de migrants n'engage pas la responsabilité pénale des migrants eux-mêmes¹⁰⁶, ni celle de tierces personnes apportant une aide aux migrants pour des raisons humanitaires ou familiales.¹⁰⁷ Comme le rappelle le guide législatif relatif à l'application du protocole, « l'objet général du Protocole est de prévenir et de combattre le trafic illicite de migrants comme forme de criminalité transnationale organisée sans incriminer la simple migration, même illégale au regard d'autres éléments de droit interne ».¹⁰⁸

Bien que le trafic illicite de migrants ne soit pas un crime d'Etat, la responsabilité internationale de tout Etat partie, y compris un pays de transit, est engagée, dès lors que son comportement viole – par son action ou omission – une ou plusieurs dispositions du Protocole. Sous cet angle, un Etat partie qui encourage, soutient, voire planifie le trafic illicite de migrants à grande échelle commet une violation flagrante du Protocole. La Biélorussie est là encore un cas d'école qui n'en demeure pas moins marginal. Le trafic illicite de migrants n'est pas seulement instrumentalisé à des fins de politiques étrangères en représailles aux sanctions décidées par l'Union européenne. Le fait internationalement illicite résulte aussi et surtout du caractère délibéré et méthodique du comportement de l'Etat en contradiction manifeste avec la raison d'être du Protocole. Aux termes de son article 2, le Protocole a précisément « pour objet de prévenir et combattre le trafic illicite de migrants, ainsi que de promouvoir la coopération entre les États Parties à cette fin, tout en protégeant les droits des migrants objet d'un tel trafic ».

Il est vrai que le cas particulier de la Biélorussie contribue à brouiller la distinction entre la responsabilité pénale individuelle, qui découle du trafic illicite de migrants, et la responsabilité internationale d'un Etat partie pour ses violations du Protocole. Bien qu'il soit semble-t-il orchestré par les autorités de l'Etat, le trafic illicite de migrants est dans ce cas d'espèce commis par procuration via l'entremise de particuliers dont leur responsabilité pénale est engagée. Même si ledit trafic ne lui est pas opposable juridiquement, le comportement litigieux de l'Etat n'en demeure pas moins une violation patente du Protocole qui vise à le priver de son objet.

En dehors de ce cas de figure extrême, la responsabilité internationale d'un pays de transit pour violation du Protocole ne peut être établie que dans circonstances très ponctuelles et limitées. Le

conduct of these groups as their own »: A.T. GALLAGHER & F. DAVID, *The International Law of Migrant Smuggling*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 23.

¹⁰⁵ Article 6 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air.

¹⁰⁶ Article 5 du Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air.

¹⁰⁷ Comme confirmé durant les travaux préparatoires, « la référence à 'un avantage financier ou un autre avantage matériel' dans la définition figurant à l'alinéa a) a été introduite afin de souligner que l'intention était d'inclure les activités menées par les groupes criminels organisés pour en tirer un profit mais d'exclure les activités des personnes apportant une aide aux migrants pour des motifs humanitaires ou en raison de liens familiaux étroits. L'intention n'était pas, dans le Protocole, d'incriminer les activités de membres des familles ou de groupes de soutien tels que les organisations religieuses ou non gouvernementales » : Notes interprétatives pour les documents officiels (travaux préparatoires) des négociations sur la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, A/55/383/Add.1 (2000), p. 18.

¹⁰⁸ *Guides législatifs pour l'application de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée et des protocoles s'y rapportant*, Nations Unies, 2005, p. 373.

seul fait que des migrants aient transité par un Etat partie ou encore que le trafic illicite ait été organisé par un groupe criminel depuis son territoire ne suffisent pas à engager sa responsabilité internationale. Une telle responsabilité requiert, par définition, la violation d'une obligation contenue dans le Protocole qui soit opposable comme telle aux pays de transit. Or une telle éventualité demeure circonscrite à des hypothèses très spécifiques et relativement rares. C'est principalement le cas lorsqu'un Etat partie n'incrimine pas dans son droit interne le trafic illicite de migrant en violation de l'obligation contenue à l'article 6.¹⁰⁹

En revanche, l'absence de poursuites pénales demeure un cas plus complexe et équivoque, dans la mesure où ni la Convention ni son protocole n'impose explicitement d'engager des poursuites.¹¹⁰ Une telle obligation est, à n'en point douter, le corolaire implicite à l'obligation d'incriminer le trafic illicite de migrants dans l'ordre juridique interne. La violation d'une telle obligation n'en demeure pas moins difficile à établir car elle suppose de démontrer le caractère délibéré d'une telle abstention. C'est tout particulièrement le cas en présence de violations récurrentes, lorsque les autorités nationales s'abstiennent d'engager des poursuites systématiquement ou délibérément, quand bien même des faits passibles d'une telle infraction ont été régulièrement portés à leur connaissance.

Outre l'obligation d'incriminer et de poursuivre le trafic illicite de migrants, l'échange d'informations entre Etats parties demeure l'une des rares obligations qui soit clairement établie comme telle par le Protocole et dont la violation engage la responsabilité internationale des pays de transit. L'article 10 détaille avec soin le type d'informations pertinentes et il souligne même que l'échange de telles informations s'applique à tous les Etats et « en particulier ceux qui ont des frontières communes ou sont situés sur des itinéraires empruntés pour le trafic illicite de migrants ».¹¹¹

Il faut constater cependant que la responsabilité internationale des pays de transit n'a guère vocation à s'appliquer en dehors de ses trois obligations spécifiques d'incriminer, de poursuivre et d'échanger des informations pertinentes. Les autres articles du Protocole ne sont guère pertinents pour les pays de transit. Lorsqu'ils le sont, ils sont rédigés en des termes souvent vagues et peu contraignants qui ne permettent pas d'établir clairement leur responsabilité internationale, sauf en

¹⁰⁹ Cette obligation d'incrimination est, du reste, largement entendue : elle recouvre les auteurs, complices et instigateurs du trafic illicite, ainsi que les infractions incidentes audit trafic, telles que la fabrication ou la fourniture de document d'identité frauduleux.

¹¹⁰ La seule obligation explicite de poursuite se limite aux cas où un Etat refuse d'extrader ses nationaux : Article 16 paragraphe 10 de la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. En outre, l'article 11 de la Convention, qui est spécifiquement consacré aux poursuites judiciaires, se borne pour l'essentiel à obliger les Etats parties à rendre les infractions concernées passibles de sanctions et à établir des directives très générales. Celle relative à l'engagement des poursuites demeure assez vague : « Chaque Etat Partie s'efforce de faire en sorte que tout pouvoir judiciaire discrétionnaire conféré par son droit interne et afférent aux poursuites judiciaires engagées contre des individus pour des infractions visées par la présente Convention soit exercé de façon à optimiser l'efficacité des mesures de détection et de répression de ces infractions, compte dûment tenu de la nécessité d'exercer un effet dissuasif en ce qui concerne leur commission ».

¹¹¹ Le type d'information que les Etats doivent échanger inclut, notamment, les « points d'embarquement et de destination, ainsi que les itinéraires, les transporteurs et les moyens de transport dont on sait ou dont on soupçonne qu'ils sont utilisés par un groupe criminel organisé commettant les actes énoncés à l'article 6 du présent Protocole », l'identité et les méthodes de telles organisations ou groupes criminels utilisés, mais aussi l'authenticité et les caractéristiques des documents de voyage délivrés par un Etat partie.

cas de violations manifestes et/ou généralisées. Les mesures aux frontières prévues à l'article 11 entrent dans cette dernière catégorie.

Aux termes de l'article 11 paragraphe 1, « les États Parties renforcent, dans la mesure du possible, les contrôles aux frontières nécessaires pour prévenir et détecter le trafic illicite de migrants ». Le renforcement des contrôles frontaliers ne s'applique donc que « dans la mesure du possible » et pour autant qu'il soit nécessaire à la prévention et détection du trafic illicite, si bien que sa violation est difficilement établie en dehors d'un manquement caractérisé ou systématique d'un pays de transit. En outre, cette disposition s'applique sans préjudice des traités relatifs à la libre circulation des personnes ou de toute autre obligation internationale applicable au titre de la clause de sauvegarde contenue à l'article 19 du Protocole. En particulier, le renforcement des contrôles aux frontières ne saurait porter atteinte au droit de quitter n'importe quel pays. Les autres mesures aux frontières prévues à l'article 11, telles que le refus d'entrée des personnes impliquées dans le trafic ou encore le renforcement de la coopération entre les services de contrôle aux frontières, sont purement facultatives. Il est simplement demandé aux États parties qu'ils « envisagent » de prendre de telles mesures, sans pour autant les obliger à le faire.¹¹²

Les dispositions régissant la coopération pénale et judiciaire s'inscrivent dans la même lignée. La responsabilité internationale d'un État partie peut certes être engagée, s'il s'oppose à une demande d'extradition ou d'entraide judiciaire en violation des dispositions prévues à cet effet dans la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Cependant, les États parties conservent une large marge d'appréciation pour refuser de telles demandes. L'entraide judiciaire peut être refusée, dès lors que « l'État Partie requis estime que l'exécution de la demande est susceptible de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels ».¹¹³ De même, bien que le trafic illicite de migrants soit érigé en une infraction passible d'extradition¹¹⁴, l'extradition peut être refusée pour tout motif prévu dans le droit interne de l'État requis.¹¹⁵ En outre, l'obligation alternative de poursuivre l'auteur présumé de l'infraction se limite aux seuls cas où l'extradition est refusée au motif qu'il a la nationalité de l'État requis.¹¹⁶

Les autres dispositions du Protocole sont encore moins pertinentes pour établir une quelconque responsabilité internationale d'un État de transit. Elles s'adressent principalement aux pays

¹¹² La seule obligation de l'article 11 du Protocole qui soit clairement établie porte sur les mesures des États parties à l'égard des transporteurs commerciaux, encore que sa formulation laisse une large marge de manœuvre dans sa mise en œuvre. Selon son paragraphe 2, « chaque État Partie adopte les mesures législatives ou autres appropriées pour prévenir, dans la mesure du possible, l'utilisation des moyens de transport exploités par des transporteurs commerciaux pour la commission de l'infraction » du trafic illicite de migrants. Le troisième paragraphe s'efforce de préciser : « lorsqu'il y a lieu, et sans préjudice des conventions internationales applicables, ces mesures consistent notamment à prévoir l'obligation pour les transporteurs commerciaux, y compris toute compagnie de transport ou tout propriétaire ou exploitant d'un quelconque moyen de transport, de vérifier que tous les passagers sont en possession des documents de voyage requis pour l'entrée dans l'État d'accueil ».

¹¹³ Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée, article 21 (b).

¹¹⁴ Ibid., article 16 par. 1 à 5.

¹¹⁵ Ibid., article 16 par. 7. Par ailleurs, l'article 16 paragraphe 14 de la Convention rappelle, conformément au principe de non-refoulement, que l'État requis est tenu de refuser une extradition lorsqu'elle est demandée « aux fins de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son origine ethnique ou de ses opinions politiques, ou que donner suite à cette demande causerait un préjudice à cette personne pour l'une quelconque de ces raisons. »

¹¹⁶ Ibid., article 16 par. 10. L'article 15 paragraphe 4 confirme également que l'exercice de poursuites pénales par l'État requis demeure purement facultatif lorsque l'extradition est refusée pour un autre motif.

d'origine et concernent, notamment, la sécurité des documents de voyages et d'identité¹¹⁷, ainsi que la mise en place de programmes d'information pour sensibiliser le public au trafic illicite de migrants.¹¹⁸ De même, l'obligation de faciliter et accepter le retour des migrants ayant été l'objet d'un trafic illicite demeure limitée aux Etats dont ils sont ressortissants ou titulaires du droit d'y résider à titre permanent.¹¹⁹ A l'inverse, les migrants ayant simplement transité sur leur territoire ne sont pas couverts. Aucune obligation de réadmission n'existe au titre de ce protocole ou de tout autre conventions à vocation universelle. Cette question fait parfois l'objet de traités bilatéraux, dont la conclusion se heurte à la réticence des Etats de transit. Lorsqu'un tel traité existe, chaque Etat partie conserve la faculté de dénoncer le unilatéralement après notification officielle.¹²⁰ En outre, le fait internationalement illicite réside dans le refus de réadmission et non dans une hypothétique obligation d'empêcher le transit sur son territoire qui n'a aucun fondement en droit international.

En définitive, bien que le trafic illicite de migrants engage la responsabilité pénale individuelle des auteurs, complices et instigateurs, il ne constitue pas en tant que tel un fait internationalement illicite susceptible d'engager la responsabilité internationale d'un Etat partie. Une telle responsabilité requiert la violation d'une obligation contenue dans le Protocole qui, en dehors du cas extrême de la Biélorussie, se limite à des situations très spécifiques pour ne pas dire marginales principalement lié au refus d'incriminer ou de poursuivre le trafic illicite de migrants ou encore au refus d'échanger des informations pertinentes avec les autres Etats parties.

De manière ironique, la base juridique conventionnelle qui pourrait plus clairement établir la responsabilité internationale des pays de transit réside dans une convention que les pays occidentaux de destination refusent obstinément de ratifier, à savoir la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.¹²¹ Son article 68 paragraphe 1 impose aux « Etats parties, y compris les Etats de transit » de coopérer et d'adopter les « mesures visant à détecter et éliminer les mouvements illégaux ou clandestins de travailleurs migrants et de membres de leur famille et à infliger des sanctions efficaces aux personnes et aux groupes ou entités qui les organisent, les assurent ou aident à les organiser ou à les assurer ».

Même si le Protocole de Palerme se veut plus détaillé, ses dispositions se révèlent paradoxalement moins précises et guère contraignantes à l'égard des pays de transit, dont la responsabilité internationale ne peut être engagé qu'en présence de manquements délibérés ou récurrents. Ce

¹¹⁷ Protocole contre le trafic illicite de migrants par terre, mer et air, articles 12 et 13.

¹¹⁸ Ibid., article 15.

¹¹⁹ Ibid., article 18.

¹²⁰ C'est du reste ce qu'a fait la Biélorussie en application de l'article 23 de l'accord de réadmission conclu en 2020 avec l'Union européenne : Accord entre l'Union européenne et la République de *Biélorussie* concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier (article 4), *JO L 181 du 9.6.2020, p.3*. Une clause similaire est contenue dans les autres accords de réadmission conclus par l'Union européenne, y compris avec la Turquie : Accord entre l'Union européenne et la République de Turquie concernant la réadmission des personnes en séjour irrégulier, *JO L 134 du 7.5.2014, p. 3*. Le Maroc a refusé jusqu'à présent de conclure un accord de réadmission avec l'Union européenne. Il a néanmoins signé en 2007 un accord bilatéral avec l'Espagne relatif à la coopération dans le domaine de la prévention de l'émigration illégale des mineurs non accompagnés, de leur protection et de leur retour concerté, qui est entré en vigueur en 2012.

¹²¹ Pour de plus amples discussions sur le refus politique des Etats occidentaux à ratifier ce traité des Nations unies, à la rédaction duquel ils ont activement contribué, voir notamment : V. CHETAIL, *International Migration Law*, op. cit., pp. 238-250, ainsi que les nombreuses références bibliographiques citées dans cette publication.

faisant, le Protocole de Palerme s'efforce de ménager un équilibre entre les intérêts contradictoires des pays de transit et de destination, tout en préservant les droits des migrants, y compris celui de quitter tout pays.

Conclusion :

Bien que la migration soit souvent perçue à travers le seul prisme des pays d'immigration, le droit international permet d'élargir l'angle de vue pour mieux appréhender le phénomène migratoire dans sa globalité. Il donne le recul nécessaire pour se départir d'une vision par trop réductrice d'un phénomène transnational par nature. Il participe ainsi à une démarche systémique et équilibrée qui inclut autant les migrants que les Etats impliqués dans le processus migratoire.

Le droit international permet alors de dégager quelques principes clés régissant les relations parfois tendues entre pays de transit et pays de destination. Un Etat ne saurait encourir une quelconque responsabilité internationale au motif que des migrants quittent son territoire pour un autre. En revanche, le fait de provoquer sciemment un flux migratoire peut tomber sous le coup du droit international à plusieurs titres. L'illicéité est clairement établie lorsque la sortie de son territoire résulte de la contrainte : le déplacement forcé s'assimile alors à une expulsion collective d'étrangers interdite par le droit international.¹²² L'illicéité est beaucoup moins évidente en l'absence de toute contrainte. La simple abstention d'un Etat de transit ne constitue pas en tant que telle une violation du droit international, dès lors qu'il est tenu de ne pas entraver le départ de son territoire, en vertu du droit de quitter n'importe quel pays.

Cependant, le fait pour un Etat d'encourager, de soutenir ou d'organiser un afflux de migrants peut constituer un fait internationalement illicite dans certaines situations très spécifiques qui dépendent des circonstances propres à chaque espèce et, en particulier du caractère prémédité ou systématique du comportement litigieux, ainsi que de l'ampleur et de l'impact du flux migratoire. Selon les cas de figure et leur gravité, ledit comportement peut être qualifié de menace contre la paix ou la sécurité internationales, d'ingérence dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre Etat, de violation flagrante et délibérée du Protocole contre le trafic illicite de migrants ou encore de contre-mesure illégale. De telles hypothèses se rencontrent très rarement en pratique, mais elles demeurent bien plus visibles que les violations commises par les pays de destination.

Le droit international apporte de la nuance et de la rationalité dans un domaine complexe et politisé à l'extrême. Les causes de cette politisation ne sont pas liées à la migration elle-même, ni à son importance numérique au demeurant toute relative, mais à la perception que s'en font les pays d'immigration et à l'instrumentalisation qu'engendre une telle représentation tant dans les arènes nationales que sur la scène internationale.

Le droit international ne doit pas faire illusion pour autant. Il n'est pas politiquement neutre. Il est le reflet d'une société internationale composée d'Etats indépendants et des contradictions inhérentes à la création d'un droit commun entre égaux. Le droit international est tout à la fois un droit de la coexistence et un droit de l'interdépendance, où les questions les plus diverses appellent désormais une réponse globale. Dans un tel contexte, le droit international a une vertu

¹²² Il en est *a fortiori* de même si le renvoi forcé est effectué à destination d'un Etat où il existe un risque réel de persécution ou d'autres violations graves des droits de l'homme. Le comportement litigieux constitue alors une violation du principe de non-refoulement.

essentiellement pédagogique : il rappelle que les Etats sont condamnés à coopérer parce que la migration est une question d'intérêt commun qu'aucun Etat ne peut gérer seul.